4° Rw
325

Theoretisch-practischer

Commentar

über die

Heineccischen Institutionen

nach deren neuesten Ausgabe

von

D. Ludwig Julius Friedrich Höpfner.

Zweyte verbesserte Auflage.

Mit Römisch-Kayserl. Königl. Preußisch- und Churfürstl. Sächsischen allergnädigsten Freyheiten.

Frankfurt am Mayn, 1787.
bey Varrentrapp und Wenner.

STADTBIBLIOTHEK AUGSBURG

Wir Joseph der Andere von GOttes Gnaden Erwählter Römischer Kaiser, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, König in Germanien, zu Jerusalem, Hungarn, Böheim, Dalmatien, Croatien, Slavonien, Galitzien und Lodomerien, Erzherzog zu Oesterreich, Herzog zu Burgund, und zu Lothringen, Großherzog zu Toscana, Großfürst zu Siebenbürgen, Herzog zu Mayland, Mantua, Parma, ꝛc. gefürsteter Graf zu Habsburg, zu Flandern, zu Tyrol ꝛc. ꝛc. ꝛc..

Bekennen öffentlich mit diesem Brief, und thun kund allmänniglich, daß Uns Johann Friedrich Varrentrapp und Johann Conrad Wenner, Buchhändler in Unser und der Reichs-Stadt Frankfurt unterthänigst zu vernehmen gegeben, was massen Sie Doctors Ludwig Friedrich Höpfners theoretisch-practischen Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen in Quarto, und zween Theilen zum offenen Druck zu befördern willens seyen, hierbey aber einen ihnen schädlichen Nachdruck besorgten, derohalben Uns Sie allerunterthänigst bäten, Wir Ihnen dießfalls mit unserm Kaiserlichen Druck-Privilegio zu statten zu kommen gnädigst geruhen mögten. Wenn Wir nun mildest angesehen solche der Supplicanten demüthigst-ziemliche Bitte, als haben Wir ihnen, ihren Erben und Nachkommen, die Gnade gethan, und Freyheit gegeben, thun solches auch hiemit wissentlich, in Kraft dieses Briefs, also und dergestalt, daß bemeldte Varrentrapp und Wenner, ihre Erben und Nachkommen obbesagten Doctor Höpfners Commentar über seine neueste Ausgabe der Heineccischen Institutionen in offenen Druck auflegen, ausgehen, hin und wieder ausgeben, feil haben und verkaufen mögen, auch ihnen sothanes Werk niemand, ohne ihren Consens, Wissen oder Willen, innerhalb zehen Jahren, von Dato dieses Briefs an zu rechnen, im heiligen Römischen Reich, weder unter diesem noch andern Titel, weder auch in grösserer noch kleinerer Form nachdrucken und verkauffen solle. Und gebieten darauf allen und jeden Unsern und des heiligen Reichs Unterthanen und Getreuen, insonderheit aber allen Buchdruckern, Buchführern und Buchhändlern, bey Vermeidung einer Poen von fünf Mark löthigen Goldes, die ein jeder, so oft er freventlich hierwieder thäte, Uns halb in Unsere Kaiserliche Kammer, und den andern halben Theil mehrbesagten Supplicanten, oder deren Erben und Nachkommen unnachläßig zu bezahlen verfallen seyn solle, hiemit ernstlich, und wollen, daß ihr, noch einiger aus euch selbst, oder jemand von euretwegen obangeregten Commentar

innerhalb

innerhalb den bestimmten zehen Jahren, nicht nachdrucket, distrahiret, feil habet, umtraget oder verkauffet, noch auch solches andern zu thun gestattet, in keinerley Weise noch Wege, alles bey Vermeidung Unser Kaiserlichen Ungnade und vorangesetzter Poen, auch Verliehrung desselben euern Drucks, den vielgemelten Supplicanten, ihre Erben und Nachkommen, oder deren Befehlshabern; mit Hülf und Zuthun eines jeden Orts Obrigkeit, wo sie dergleichen bey euch, oder einem jeden finden werden, also gleich aus eigener Gewalt, ohne Verhinderung männigliches zu sich nehmen, und damit nach ihrem Gefallen handeln und thun mögen. Hingegen sollen Sie, Varrentrapp und Wenner, schuldig und verbunden seyn, bey Verlust dieser Kaiserlichen Freyheit die gewöhnlichen fünf Exemplarien von dem ganzen Werk zu Unserm Kaiserlichen Reichs-Hofrath zu liefern, und dieses Privilegium vorandrucken zu lassen. Mit Urkund dieses Briefs besiegelt mit Unserm Kaiserlichen aufgedruckten Secret-Insiegel, der geben ist zu Wien den fünfzehnten Julii, im Jahr Siebenzehen Hundert Drey und Achtzig, Unserer Reiche der Römischen, im Zwanzigsten, der Hungarischen, und Böhmischen aber im Dritten.

Joseph

(L. S.)

Vt. R. Fürst Colloredo

Ad Mandatum Sacr. Caes.
Majestatis Proprium
J. G. v. Hoffmann

Demnach bey Seiner Königl. Majestät von Preussen ꝛc. ꝛc. Unserm allergnädigsten Herrn, die Buchhändler Varrentrapp und Wenner zu Frankfurt am Mayn, vorstellig gemacht, daß sie sich entschlossen, ein ganz neues Buch unter dem Titel:

Dr. Ludwig Julius Friedrich Höpfners, Hochfürstl. Hessen-Darmstädtischen Geheimen Tribunal-Raths, theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, nach deren neuesten Ausgabe, zwey Theile in *quarto*.

auf ihre Kosten drucken zu lassen und zu verlegen, mit allerunterthänigster Bitte, ihnen darüber, zu Verhütung eines Nachdrucks, ein Privilegium allerhuldreichst zu ertheilen; Seine Königliche Majestät auch diesem Gesuch zu deferiren kein Bedenken getragen haben;

Als privilegiren und begnadigen Höchst Dieselben Eingangs erwehnte Buchhändlere Varrentrapp und Wenner hiermit und Kraft dieses dergestalt, daß ausser ihnen niemand in Dero Königreich Preussen und Churfürstenthum Brandenburg auch sämtlichen übrigen Landen und Provinzen, innerhalb den nächsten zwanzig Jahren, befugt seyn soll, vorgedachtes Buch ganz oder zum Theil nachzudrucken, noch diejenige Exemplaria, so etwa ausser Dero Landen von andern nachgedruckt und verlegt seyn möchten, in Dero Lande einzuführen, und daselbst heimlich oder öffentlich zu verhandeln, bey Confiscation aller Exemplarien, wie auch Erlegung einer Geldstrafe von zweyhundert Rthlr. wovon die Hälfte Dero Fisco, die andere Hälfte aber den Impetranten entrichtet werden soll. Mehrhöchstgedachte Seine Königliche Majestät und Dero Nachkommen, wollen auch die erwehnte Buchhändler bey diesem Privilegio in dem Zeitlauf der zwanzig Jahre allergnädigst schützen und erhalten. ꝛc. ꝛc.

Urkundig unter dem Königlichen Lehen-Siegel. So gegeben und geschehen Berlin, den 10 Februar 1783.

(L. S.) Auf Seiner Königlichen Majestät allergnädigsten Special-Befehl.

v. Münchhausen.

Vorrede zur ersten Ausgabe.

Ich übergebe dem Publicum ein Werk, das vielleicht manchem *in tenui labor* scheint, ohne daß er darum auch das *at tenuis non gloria* dem Verfasser zugestehen wird. Es sey; genug, daß das Buch nützlich, und, wo mich nicht alles betrügt, nützlicher, als hundert andere ist, welche weit mehr Aufwand von Genie, Arbeit und Gelehrsamkeit erfordern.

Ich habe fünfzehen Jahre und länger die Anfangsgründe des römischen Rechts öffentlich gelehrt; ich habe Studium nicht nur auf die Sachen, sondern auch auf Vortrag und Einkleidung gewendet, und schmeichle mir, nicht ohne Nutzen gearbeitet zu haben. Nachdem mich mein Schicksal dem academischen Lehramte entzogen hatte, munterten mich meine Freunde auf, die Docentengabe, welche sie mir zutraueten, nicht ganz ungenützt zu lassen. Ich setzte also in meinen Nebenstunden diesen **Commentar**, diese **academische Reden**, oder wie man das Buch nennen will, auf.

Deutlichkeit mit **Gründlichkeit** zu verbinden, war die Absicht, die ich immer vor Augen hatte, ich hoffe, daß ich sie nicht ganz verfehlt habe, daß man Präcision, Ordnung und einige Gabe, verwickelte Materien zu analysiren und lichtvoll darzustellen, in meinem Vortrage nicht vermissen werde. Dem Lehrling der Rechtsgelehrsamkeit wird also diese Arbeit zur Vorbereitung auf den academischen Unterricht und zur leichtern Wiederholung seiner Lectionen dienen. Solchen, die keine Academie besuchen wollen oder können, wird sie, als

einiger

einiger Ersatz der mündlichen Anweisung, nützlich seyn. Damit auch der Practiker Nahrung finde, habe ich, so viel es bey den Institutionen geschehen kann, practische Bemerkungen beygebracht, und die vorzüglichste ältere und neuere Schriften angeführt. Erudition, Auflösung streitiger Rechtsfragen mit Gründen und Gegengründen, und Schmuck des Stils, wird man in einem solchen Buche nicht erwarten. Selbst die Reinheit der Sprache habe ich oft der Deutlichkeit aufopfern zu müssen geglaubt.

Der Text meiner Erklärung sind die von mir umgearbeitete Heineccische Institutionen, und zwar die zweyte Ausgabe dieses Buches. Ich habe vorausgesetzt, daß jeder Leser des Commentars auch den Text vor sich habe, und daher die Allegaten, welche dieser enthält, in dem Commentar nicht wiederholt.

Da ich Tabellen für ein vorzügliches Mittel halte, dem Lehrling eine weitläuftige und intricate Materie faßlich zu machen: so habe ich die vornehmste Rechtslehren auch tabellarisch vorgestellt. Ich war anfangs Willens, diese Tabellen dem Buche selbst anhängen zu lassen; aber die Verschiedenheit des Formats, das man dazu wählen mußte, von dem Formate des Buchs, erlaubten es nicht. Die Tabellen werden also bald nach der Leipziger Ostermesse, in Querfolio gedruckt, besonders erscheinen.

So wie ich die Erinnerungen einiger Kenner bey dem Heineccischen Compendium dankbar benutzt habe, so wird mir auch jede gegründete Critik über diesen Commentar willkommen seyn. Darmstadt den 30. März 1783.

Dr. L. J. F. Hoepfner.

Vorrede zur zweyten Ausgabe.

Ich habe bey der zweyten Auflage dieses Buches weiter nichts zu sagen, als daß ich es hier und da, soviel als es mir Amtsgeschäfte und geschwächte Gesundheit erlaubten, verbessert habe. Insonderheit habe ich die Leser, für die ich schreibe, die Schüler der römischen Jurisprudenz mehr auf das Studium der Gesetze hinzuleiten gesucht, und bey streitigen Materien öfter als vormals die Gründe der verschiedenen Meynungen beygebracht. Noch muß ich auch erinnern, daß diese **zweyte** Ausgabe des Commentars an einigen Orten nur zur **dritten** Auflage des Textes passet, welche nächstens die Presse verlassen wird! Geschrieben zu Darmstadt im April 1787.

Dr. L. J. F. Hoepfner.

PRO-

PROOEMIUM.

Die Institutionen sind Anfangsgründe des Römisch-Justinianeischen Rechtes, und dieses Recht ist in dem sogenannten *Corpore iuris civilis* enthalten. Der Lehrling der Institutionen muß sich also vor allen Dingen einige historische Kenntniß dieses Buches erwerben, und dazu wird in diesem Proömium Anleitung gegeben. Es wird darin gezeigt, was die Veranlassung zur Verfertigung des Römischen Gesetzbuches war; (§. 1. 2.) wer es verfassen ließ; (§. 3. 4.) aus welchen Theilen es besteht; (§. 5-14.) und welches Ansehen es in unserm Vaterlande hat (§. 15. 16. 17.). Ich werde dieses Proömium kurz, doch hinlänglich erläutern. Eine weitläuftigere und ausführlichere Nachricht von dem römischen Gesetzbuche muß man bey den Rechtsgeschichtschreibern suchen; unter welchen ich Hoffmann, (*1) Brunquell, (*2) Heineccius (*3) und Bach (*4) vorzüglich empfehle.

(1) *Christ. Godfr. Hoffmanni* historia iuris romano Iustinianei &c. praemittitur *Christ. Thomasii* delineatio historiae iuris civilis, accesserunt *Franc. Hottomanni* Antitribonianus et praefatio de utilitate et necessitate historiae iuris romani Lipsi. 1718. in 4. Dieses Buch ist ein förmlicher Commentar über die ersten 70 §§. von *Thomasii* delineat. hist. iur. rom. Darauf erschien *Christ. Godfr. Hoffmanni* hist. iur. rom. Iustin. Vol. II. Es enthält I. Fragmenta legum regiarum; II. Collationem legum Graecarum; III. Fragmenta XII. Tabularum. IV. Edictum perpetuum. Alsdann folgen noch einige fremde Arbeiten, nemlich *Car. Breti* ordo perantiquus iudiciorum und *Renati Bottereau* Hadrianus legislator. Endlich wurde im Jahr 1734. der erste Band wieder aufgelegt. Er ist ganz umgearbeitet, und nicht mehr Commentar, sondern ein für sich bestehendes Werk. Doch ist *Thomasii* delineatio &c. angehängt. Auch ist noch beygedruckt: *Io. Seldeni* diss. histor. ad Fletam und *Virginii Valsechii* epistola de veteribus Pisanae civitatis constitutis.

(2) *Io. Sal. Brunquell* historia iuris romani et germanici. Die erste Ausgabe kam zu Jena 1727. in 8. heraus, die zweyte verbesserte und vermehrte aber zu Amsterdam im Jahr 1730. Eine dritte unveränderte wurde eben daselbst im Jahr 1738. besorgt. Diese bekam im Jahr 1740. ein neues Titelblatt mit der Aufschrift: editio tertia prioribus multo auctior. Sie enthält aber keine Vermehrungen, als die vorgesetzte Lebensbeschreibung des Verfassers.

(3) *Io. Gottl. Heineccii* historia iuris civilis Romani et Germanici. Man muß sich aber keine ältere Ausgabe dieses Buches anschaffen, als die vom Jahr 1751.

dann in dieser und der folgenden vom Jahr 1765. sind Joh. Daniel Ritters und Joh. Martin Silberrads Anmerkungen beygefügt, welche viele wichtige Zusätze und Verbesserungen enthalten.

(4) *Io. August. Bachii* historia iurisprudentiae romanae. Editio tertia ex schedis B. Auctoris non nihil aucta. Lipſ. 1775. Ein unsterbliches Meisterwerk.

§. 1. Veranlassung des römischen Gesetzbuches.

Was war also die Veranlassung zur Verfertigung des corporis iuris? Nichts anders als die ungeheure Menge der römischen Gesetze, und die daher entstandene schädliche Folgen, Ungewißheit der Gesetze und Schwierigkeit das römische Recht zu lernen. Der römische Staat hat seine Regierungsform mehr als einmal verändert. Von Anfang hatte er Monarchen unter dem Königstitel; alsdann eine republicanische Verfassung; endlich wieder Monarchen oder Kayser. In jeder dieser Perioden wurden neue Gesetze gemacht, ohne darum die alte gänzlich abzuschaffen. 1) Die Könige, vorzüglich Romulus, Numa, und Servius Tullius gaben mancherley Verordnungen, deren Fragmente einige neuere Schriftsteller gesammelt haben, am besten Merula und Hoffmann (*1). 2) Als der Staat frey war, verlohren die königliche Gesetze darum nicht ihr ganzes Ansehen, sondern man behielt manches davon als Gewohnheitsrecht bey. Es wurden aber auch neue Gesetze gemacht; leges centuriatae, plebiscita und senatus consulta, von deren Beschaffenheit der Titel de iure naturae gentium & civili Nachricht geben wird. Und man ließ 3) durch eine Gesetzcommißion (Decemviros LL. scribendis) ein Gesetzbuch verfassen, das theils aus griechischen, theils aus einheimischen Gesetzen bestand. Es ist unter dem Namen *leges XII. tabularum* berühmt. Dazu kamen 4) viele Gewohnheitsrechte, die sich im römischen Staate nach und nach formirten, und die in dem angeführten Titel de iure nat. gent. & civ. ebenfalls näher beschrieben werden sollen. Als endlich 5) die Kayser auf den Thron kamen, gaben sie neue Gesetze in grosser Zahl, und von mancherley Art, die unter dem Namen *Constitutiones Imperatorum* oder *Principum* begriffen werden. Diese Gesetze zusammen machten zu Justinians Zeiten eine ungeheure Menge aus. Schon Livius am angeführten Ort nennt sie einen immensum cumulum aliarum super alias acervatarum legum. Und doch fehlten zu seiner Zeit noch die viele kaiserliche Verordnungen, wodurch das römische Recht nachher einen beträchtlichen Zuwachs erhielt. Eunapius, ein Schriftsteller des vierten Jahrhunderts in seiner Lebensbeschreibung der Sophisten sagt, etwas hyperbolisch, viele Kameele hätten an diesen Gesetzen zu tragen. Daß diese Weitläuftigkeit des römischen Rechtes mancherley nachtheilige Folgen haben mußte, ist offenbar. Es entstand daraus erstlich eine grosse Ungewißheit des Rechtes, dann wer

konnte

konnte alle diese Gesetze wissen? Bey manchen war es zweifelhaft, ob und wie viel rechtliche Autorität sie hätten; und daß sie einander oft widersprachen, läßt sich leicht denken. Die zweite schädliche Folge war, daß die Jurisprudenz eine äusserst weitläuftige, dornigte und unangenehme Wissenschaft seyn mußte, welche gründlich zu lernen, nur wenige Menschen Lust, Muth oder Fähigkeit genug hatten. Allerdings war es also bey diesen Umständen ein heilsames Unternehmen Kaiser Justinians, ein neues Gesetzbuch zu entwerfen, das vorzüglichste aus dieser grossen Menge auszuheben, zu ordnen, ihm rechtliches Ansehen zu geben, und alles übrige abzuschaffen.

(1) *Merula* de LL. romanorum cap. 2. 3. 4. 5. 6. pag. 30-101. in operibus posthumis Lugd. 1684. *Christ. Godofr. Hoffmann* hist. iur. rom. Vol. 2. Part. 1. pag. 1. sqq.

§. 2. Vor Justinian waren schon Gesetzsammlungen projectirt worden.

Schon lange vor Justinian sollen auch andere den Gedanken gehabt haben, ein römisches Gesetzbuch zu verfassen. Man sagt 1) Cicero sey dazu entschlossen gewesen; allein die Sage ist ohne Grund, und beruht auf einem blossen Mißverständnisse. Daß dieser Römer ein Buch de iure civili in artem redigendo geschrieben habe, sagt Gellius am angeführten Ort. Aber Cicero selbst giebt (de oratore L. 1. Cap. 42.) eine solche Idee davon, daß man sieht, es war ein kurzes System des römischen Rechts, Institutionen; kein Gesetzbuch, keine Sammlung römischer Gesetze. Auch 2) Pompejus soll mit dem Gedanken an eine Gesetzsammlung umgegangen seyn. Allein erst Isidor ein Schriftsteller des siebenden Jahrhunderts sagt dieses; und kein gleichzeitiger Autor. Die Nachricht ist also zweifelhaft. Gewisser ist, daß 3) Julius Cäsar die Verfassung eines Gesetzbuches projectirt hat. Suetonius ein gültiger Zeuge sagt: Cäsar habe viele grosse Projecte gehabt; unter andern habe er wollen ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in pauciſſimos conferre libros. Talia agentem atque meditantem mors praevenit. Endlich unternahm auch Kayser Justinian im sechsten Jahrhundert dieses Werk, und war so glücklich es zu vollenden.

§. 3. Lebensumstände Justinians.

Billig müssen wir diesen den Rechtsgelehrten so merkwürdigen Regenten genauer kennen lernen. Ausführlich, aber im Panegyristentone hat Ludewig (*1) sein Leben beschrieben. Er war von niedriger Herkunft, (obscuro loco natus) seine Eltern waren Leute von dem niedrigsten Stande in der römischen Provinz Illyricum, heut zu tage Sclavonien und Bosnien. In der Sprache seines Vaterlandes hieß er Uprauda, der Gerechte; daher vielleicht sein lateinischer Name Justinianus, wie Ritter (*2) bemerkt. Wie kam

aber ein Mann von so niedriger Familie zum Kayserthrone? Dazu half ihm seiner Mutter Bruder Justinus. Auch dieser war von der niedrigsten Abkunft, hütete in seiner Jugend das Vieh, wurde aus einem Viehhirten Soldat unter der Garde, (miles praetorianus) stieg bis zum General, und kaufte sich endlich von der Armee die Kayserwürde. Nun zog er seinen Neffen aus dem Staube, ertheilte ihm Würde auf Würde, bestimmte ihn zum Thronfolger, und gab ihm kurz vor seinem Tode die Mitregentschaft. Verschiedene neuere Schriftsteller sagen Justinian sey auch von seinem Oheim an Kindesstatt angenommen worden; aber die Erzählung hat keinen Grund. Otto (*3) der diese Adoption behauptet, beruft sich zwar auf eine alte Münze, und auf den Evagrius (*4). Aber die Münze ist, wie Ludewig (*5) bemerkt und der Anblick auch zeigt, unächt; Evagrius hingegen redet blos von der Aufnahme zur Mitregentschaft, und sagt keine Silbe von Adoption. Man beruft sich ferner auf einige Stellen im römischen Gesetzbuche, wo Justinian den Justin *patrem suum* nennt (*6). Allein diesen Titel gaben die römischen Kayser oft ihren Vorfahren, wenn sie gleich weder ihre leibliche noch adoptirte Söhne waren, wie d'Arnaud (*7) mit vielen Beyspielen beweist. Blos als Neffe Justins und als bestimmter Thronfolger, nicht als Adoptivsohn gelangte also Justinian im Jahr Christi 527 zum Throne, und regierte das römische Reich beynahe vierzig Jahre. Ueber seinen Character hat sich eine grose Fehde erhoben. Die Gelegenheit dazu gab der Vaticanische Bibliothecar Nicolaus Alemann, durch seine Herausgabe der Procopischen Anecdoten. (Lion 1623.) Procop ist ein Schriftsteller aus Justinians Zeit, der in seinen acht Geschichtsbüchern Justinians Thaten beschreibt, und ihn mit Lob überhäuft. Ganz anders spricht er in jenen Anecdoten von ihm. Da ist ihm Justinian der verdienstloseste schändlichste Mensch, ein einfältiger Tropf, ein Tyrann, ein Geitzhals; seine Gemahlin Theodora die liederlichste, unverschämteste Metze, die je von der Sonne beschienen wurde, eine Kindermörderin u. s. w. Das Buch machte bey seiner ersten Erscheinung viel Aufsehen, dann den Juristen war es ein groses Aergerniß, daß Divus Iustinianus in einem solchen Lichte erschien. Man zog also gegen das Buch und seinen Herausgeber zu Felde. Einige erklärten das ganze Werk für untergeschoben, andere den Verfasser durchaus für einen Lügner. Aber man hat zu dem einen so wenig Grund als zu dem andern. Die Aechtheit des Buches hat Hoffmann (*8) ausser Zweifel gesetzt, und von seinen Nachrichten kann sehr vieles mit Zeugnissen anderer gleichzeitigen Schriftsteller bestätiget werden. Daß Justinians Portrait, so wie es Procop macht, eine Carricatur sey, ist nicht zu leugnen, und manche Histörchen tragen das Gepräge der Lügen an der Stirne. Wer wird es z. E. glauben, wenn Procop erzählt, daß ein böser Geist bey Justinians

Mutter

Mutter einst den Ehemann gespielt, und ihr zu diesem Sohn verholfen habe; daß Justinian bey lebendigem Leibe nach Gespenstermode zuweilen Nachts ohne Kopf auf die Promenade gegangen sey? u. d. g. Aber Justinians unleugbare Fehler waren Eitelkeit, die oft bis zum kindischen gieng, Hang zur Verschwendung, Mangel an festen Grundsätzen, an Muth und Entschlossenheit, und zu grose Anhänglichkeit an Theodora, die eine Theaterprincessin, und in diesem Stande schwerlich eine Vestale gewesen war; die ihn zu der Sottise verleiten konnte, daß er sich förmlich mit ihr vermählte, ihr die Krone mit eigner Hand öffentlich aufsetzte, und grosen Einfluß in die Regierungsgeschäfte verstattete. Daß er übrigens nicht ohne Kenntnisse, und sogar ein fruchtbarer Schriftsteller war, erhellet aus dem Verzeichniß seiner Schriften, das Hoffmann giebt, (*9) und den Zeugnissen der Alten, die Ludewig (*10) gesammelt hat. Vormals war es zwar gemeine Sage, Justinian sey ἀναλφάβητος gewesen, er habe weder lesen noch schreiben gekonnt. Man berief sich auf des Suidas, eines Schriftstellers aus dem 10ten Jahrhundert Lexicon, wo es im Artikel Ιουστινιανὸς nach der alten mayländischen Ausgabe heist, Justinian sey orthodox gewesen, und dabey sehr unwissend, (zwey Dinge die noch heut zu tage wohl zusammen bestehen) und sogar Lesens und Schreibens unkundig. Allein die Manuscripte des Suidas lesen Justinus statt Justinianus, und Procopius, (*11) aus welchem Suidas die Stelle offenbar genommen hat, redet auch von Justin. In der Kunst der Gesetzgebung war Justinian wohl kein Meister, und die damalige Zeiten, wo Jurisprudenz und alle Gelehrsamkeit ihrem Falle schon nahe waren, lassen auch keinen Meister in diesem Fache erwarten. Aber manche Gesetze verrathen doch Einsicht und Klugheit, und machen ihrem Verfasser Ehre.

(1) *Io. Petr. de Ludewig* vita Iustiniani atque Theodorae nec non Triboniani, Hal. Sal. 1731. 4. S. auch *Philipp. Invernizi* de rebus Iustiniani M. Rom. 1783. 8.
(2) *Ritter* ad Heineccii hist. iur. Lib. I. §. 382.
(3) *Otto* ad Prooem. inst. et in iurisprud. symbol. Ex. 3. p. 340.
(4) *Evagrius* in histor. eccles. Lib. 4. Cap. 9.
(5) *Ludewig* l. c. pag. 674. tab. I. num. 1.
(6) §. 3. Inst. de donat. §. 4. Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. ult. C. de advocat. div. iud.
(7) *d'Arnaud* var. coniect. Lib. 1. Cap. 11.
(8) *Hoffmann* hist. iur. Vol. 1. pag. 544.
(9) cit. loc. pag. 516.
(10) *Ludewig* l. c. p. 137.
(11) *Procopius* in anecdotis p. 15. edit. Eichel.

§ 4. Justinians Heldenthaten.

Auch auf den Namen eines Helden kann Justinian keinen grossen Anspruch machen. Indessen hatte er das Glück gute Feldherrn zu finden, und durch sie Lorbeern zu erfechten. Unter seinen vielen Kriegen sind der Persische, Gothische, und Vandalische die merkwürdigsten. Der Persische Krieg fieng schon unter Kayser Anastasius an, wurde unter Justins und Justinians Regierung mit abwechselndem Kriegsglück fortgesetzt, und zur grosen Erniedrigung der römischen Nation damit geendiget, daß man sich mit einem jährlichen Tribut Ruhe und Frieden erkaufen mußte. Glücklicher kriegte Justinian durch seinen Feldherrn Belisar mit den Vandalen in Africa. Er besiegte diese Nation, bekam ihren König Gilimer gefangen, führte ihn im Triumph auf, und machte Africa zur römischen Provinz. Eben so siegreich war Justinian in Italien. Er besiegte die Gothische Könige Vitiges, Totilas, und Tejus; zerstöhrte das Reich der Gothen; brachte ganz Italien nebst Sicilien unter seine Herrschaft.

Diese kurze Kriegsgeschichte setzt uns zum Theil in den Stand, die Titulatur zu verstehen, deren sich Justinian im Proömium zum Text der Institutionen bedient. Er nennt sich nemlich: Imperator, Caesar, Flavius, Iustinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus &c. Den Titel *Imperator* gaben zu Zeiten des Freystaates die Soldaten jedem Heerführer, der Senat und das Volk aber nur solchen Generalen, die sich durch ausserordentliche Thaten die Ehre eines Triumphs erworben hatten, und zwar nicht länger als bis der Triumph geendiget war. Julius Cäsar erhielt unter andern Ehrenbezeugungen auch diese, daß er den Titel Imperator beständig führen durfte. Die folgende Regenten erhielten ihn ebenfalls, und nach und nach fieng man an, ihn als den höchsten Ehrentitel anzusehen. Er bezeichnete das Oberhaupt des römischen Staates. Der Name Cäsar war anfangs nichts als ein Beyname in dem Julischen Geschlecht, (cognomen familiae in gente Iulia.) Nachher nennte man die bey Lebzeiten des Kaisers ernannten Nachfolger, was man heutiges Tags in Deutschland den römischen König nennt, Caesares. Endlich nahmen die Kaiser selbst diesen Titel an. Den Namen Flavius hatte zuerst Constantin der Grose geführt, weil er aus der Flavischen Familie abzustammen prätendirte, und seine Nachfolger behielten ihn bey.

Aber warum nennt sich Justinian Alemannicum, Francicum, Germanicum? Diese Titel haben ihm Vorwürfe und Haß zugezogen. Haß, dann Theudebert, König der Franken wollte ihn deswegen bekriegen, und nur der plötzliche Tod dieses Königs unterbrach das Vorhaben. Vorwürfe der Gelehrten; denn Justinian, sagt man, hat nicht die Alemannier und Franken, viel weniger die ganze deutsche Nation besiegt, wie kann er sich Titel von ihnen

beylegen? Auch Heineccius ist von dieser Parthey, wie die Note zeigt. Aber Justinian läßt sich vertheidigen. Er hat diese Titel von seinen Vorfahren geerbt. Schon Tiberius schrieb sich Germanicus, Caracalla nennte sich Allemannicus, Probus führte den Titel Francicus, und man sah seit langer Zeit diese Namen als erbliche Ehrentitel an. Ja es hatte Justinian auch ein eignes Recht auf dieselben. Dann als er mit den Gothen kriegte, riefen diese die Franken und Alemannier zu Hülfe, sie wurden aber mit den Gothen besiegt. (*1) Justinian konnte sich daher Alemannicum und Francicum, auch, weil man damals die Namen Franci und Germani als Synonymen brauchte, Germanicum nennen. Gothicum konnte sich Justinian von der Zeit an mit dem besten Rechte nennen, da er die Gothen besiegt hatte. Aber, fragt man, wie war er im Jahr 533 dazu befugt, da die Institutionen publicirt wurden, und die Gothen noch nicht besiegt waren? Die Antwort ist leicht: er hatte damals schon ein Erbrecht darauf, weil die vorige Kayser den Titel geführt hatten. Anticus heißt unser Kayser, weil er die Anten, ein Slavisches Volk besiegt hatte. Den Titel Alanicus, Vandalicus und Africanus erwarben ihm seine Siege über die Vandalen in Africa, und die ihnen incorporirte Alanen. Zwar wurden diese Nationen erst im Jahr 535 unterjocht; aber Carthago war doch schon im Jahr 533 erobert, und daher Justinian schon damals zu diesen Ehrennamen berechtiget.

(1) *Agathias* de bell. goth. lib. 1. et 2. *Procop.* de bell. goth. lib. 1. cap. 11. *Guil. Hier. Bruckner* comment. an Iustinianus Imperator recte usurpaverit titulos Germanici et Alemannici. Ien. 1709. recus. 1753.

§. 5. Verfassung des Justinianeischen Codex.

Wichtiger als Kriegsthaten sind uns die Bemühungen und Verdienste Justinians um die Gesetzgebung. Das erste Werk, das er veranstaltete, war sein *codex Iustinianeus*. Man bemerke: 1) sobald Rom unter die Herrschaft der Kayser kam, fingen auch diese an eine gesetzgebende Gewalt auszuüben, anfangs seltener und behutsamer; nachher häufiger, öffentlicher und ungescheuter. Man nennte ihre Gesetze *Constitutiones*.

2) Zu Constantin des Grosen Zeiten fanden sich zwey Rechtsgelehrten, welche die kaiserliche Verordnungen von Hadrians Zeiten an sammelten, Gregorius und Hermogenianus. Diese Sammlung heisen *codex Gregorianus* und *codex Hermogenianus*. Die Alten distinguirten nemlich zwischen codex und volumen. Codex hieß ein Buch, das gebunden war, wie unsere Bücher; volumen ein zusammen gerolltes Buch. Vorzugsweise aber wurden die Sammlungen der kayserlichen Verordnungen codices genennt (*1).

3) Wie diese beyde Sammlungen sich von einander unterschieden haben, ist nicht mit Gewißheit anzugeben. Der Hermogenianische scheint ein Supplement

plement des Gregorianischen gewesen zu seyn. Gregorius hatte nemlich, so viel sich aus den Fragmenten schliessen läßt, die Verordnungen von Hadrian bis auf Constantin M. gesammelt. Hermogenian sammelte nur die, welche in jener Sammlung gar nicht, oder nicht richtig genug standen, insonderheit die Verordnungen Diocletians und Maximians (* 2).

4) Nach Constantins M. Zeiten wurden wieder viele neue Constitutionen publiciret. Diese ließ Theodosius der jüngere durch acht Rechtsgelehrte sammlen, und im Jahr 438 unter dem Titel: codex Theodosianus bekannt machen (* 3).

5) Endlich gab Justinian im Jahr 528 Befehl, daß sein Magister officiorum und Exquaestor sacri Palatii, oder nach heutigem Ausdruck, sein Hofmarschall und gewesener Canzler Tribonian mit Hülfe neun anderer Rechtsgelehrten das beste aus den drey vorhergehenden codicibus ausheben; die neue, erst nach der Theodosianischen Sammlung erschienene Verordnungen hinzuthun, und auf diese Weise einen neuen Codex verfertigen sollten. Diese Arbeit kam im Jahr 529 zu Stande, und heist *codex Iustinianeus*, *codex vetus*, *codex primus*.

6) Der Gregorianische und Hermogenianische Codex sind verlohren gegangen; wir besitzen nur wenige Fragmente davon, die unter andern Schulting (* 4) gesammelt hat. Der Theodosianische aber ist noch gröstentheils vorhanden. Wir besitzen vollständig das 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. und 16te Buch; das 1. 2. 3. 4. 5. und der Anfang des 6ten aber sind noch nicht vollständig aufgefunden worden. Man hat noch zur Zeit blos den Auszug dieser Bücher, welchen ein westgothischer König Alarich aus dem Theodosianischen Codex machen ließ. Die beste Ausgabe dieses Werks ist die, welche zu Leipzig im Jahr 1736 mit dem berühmten Commentar von Jacob Gothofredus, und Joh. Daniel Ritters Zusätzen in 6 Theilen erschienen ist.

7) Auch der Justinianeische Codex ist verlohren. Dann Justinian ließ (man sehe §. 10.) nachher einen neuen Codex sammlen, und schaffte den alten ab. Niemand gab sich also die Mühe, den ersten zu erhalten oder abzuschreiben.

8) Nützlich wird es seyn, alles vorhin bemerkte durch eine chronologische Tabelle anschaulich darzustellen.

Verordnungen aller dieser Kayser faßte codex Iustinianeus in sich

- Hadrianus
- ———
- ———
- ———
- ———

Die Verordnungen dieser Kayser enthält der codex Gregorianus und Hermogenianus.

- Constantinus M.
- ———
- ———
- Theodosius iun.

Von diesen der codex Theodosianus.

- ———
- ———
- Iustinianus

(1) *Knorr.* obs. ad prooem. Instit. VII. & VIII.
(2) Eine schöne hieher gehörige Abhandlung ist: *Christ. Frid. Pohl* Commentatio historica de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano. Lipf. 1777. 4.
(3) *Brunquell* diss. de codice Theodosiano, in opusc. Part. 1. pag. 33. sqq.
(4) *Schulting* in iurisprudentia anteiustinianea pag. 681-718. Edit. Lipf.

§. 6. Verfassung der Pandecten.

Als die Kayserliche Verordnungen gesammelt waren, gab Justinian seinem Tribonian und 16. Rechtsgelehrten einen zweyten Auftrag. Er befahl, daß sie das beste und brauchbarste aus den Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, und aus diesen Excerpten ein systematisches Werk verfertigen sollten. Auch dieser Auftrag ward befolgt, und das Werk *Pandectae* oder *Digesta* genennt. Von diesem wichtigen Buche ist folgendes anzumerken.

1) Die Pandecten sind Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten, die man zusammen gesetzt und unter gewisse Rubricken gebracht hat. Man sammelte z. E. alle Rechtssätze von Procuratoren, die man in den alten Juristen fand, setzte die Excerpten zusammen, und schrieb die Rubrik darüber: de procuratoribus.

2) Woher aber der Name dieses Werks? Pandectae stammt von πᾶν (alles) und δέχεσθαι (zusammenfassen) ab. Dann die Pandecten sollten alles begreifen, was in den Schriften der Juristen gutes und nützliches enthalten war. Die Alten nennten auch ihre Speisekammern pandectas, wie Apicius lehrt, (*1) und vielleicht veranlaßte dieses den Kayser, nach dem Beyspiel anderer Schriftsteller einem Buche, das eine Speisekammer für die Rechtsgelehrten seyn sollte, diesen Titel zu geben. Digesta heist das Werk, weil alles darinn gar schön digerirt, geordnet seyn sollte, was in den ältern juristischen Werken zerstreut stand.

3) Die Quellen der Pandecten sind die Schriften der alten Rechtsge-

lehrten. Aber aus welchen hat man gesammelt? Nicht allen ist diese Ehre erzeigt worden, nur Vierzigen, und zwar solchen, welche seit Hadrians Zeiten gelebt und geschrieben hatten, den Schriften Julians, Papinians, Ulpians, Paulus, Marcellus, Cajus u. s. w. In Wielings iurisprudentia restituta (*2) findet man ein vollständiges Namenregister. Also die Schriften der Rechtsgelehrten, welche zu den Zeiten der freyen Republik und unter den ersten Kayser gelebt hatten, wurden ganz übergangen. Dann das römische Recht hatte durch das edictum perpetuum; (man sehe unter §. 55.) durch die viele kayserliche Verordnungen; durch die Verlegung der Residenz von Rom nach Constantinopel, und durch die Einführung der christlichen Religion eine solche Veränderung erlitten, daß man in den Schriften der ältern Juristen nichts practisches zu finden glaubte. Die Zahl der excerpirten Schriften giebt Justinian selbst an. Sie belief sich auf 2000, und diese enthielten drey Millionen versus. Die Bedeutung des Worts *versus* aber ist sehr zweifelhaft. Ludewig (*3) erklärt es mit andern durch Paragraphen, oder Sentenzen, Perioden; Gundling (*4) hingegen durch Zeilen.

4) Die Originalsprache der Pandecten ist unstreitig die lateinische. Dann die alten Juristen hatten lateinisch geschrieben, also waren auch die Excerpte aus ihnen lateinisch. Nur aus zwey griechischen Schriften hat man in die Pandecten griechische Stellen aufgenommen, nehmlich aus Modestins Büchern de excusationibus und aus Papinians Buche de officio aedilium municipalium. Aber das ist bezweifelt worden, ob wir die alte ächte lateinische Pandecten noch besitzen. Ein holländischer Critiker Jensius (*5) leugnet dieses, und behauptet die lateinische Originalpandecten seyen vorlängst ins Griechische übersetzt worden, und darauf verlohren gegangen. Nachher habe man die griechische Uebersetzung wieder ins Lateinische übergetragen, und diese Uebersetzung der Uebersetzung hätten wir heutzutage. Aber seine Argumente sind schwach, und von Bach hinlänglich widerlegt worden (*6).

5) Die Abtheilung der Pandecten ist folgende: das ganze ist in sieben Theile und in 50. Bücher abgetheilt, die Bücher in Titel, die Titel in kleinere Abschnitte, die man insgemein *leges* nennt, und diese Gesetze in Stücke, deren erstes *prooemium* oder *principium*, die folgende Paragraphen heissen. Ich sage: die man insgemein *leges* nennt. Ganz richtig ist diese Benennung nicht, aber doch gewöhnlich. Die Pandecten sind zwar ein systematisches Werk, das im ganzen gesetzliches Ansehen hat. Aber darum kann man doch nicht behaupten, daß jedes einzle Stück ein Gesetz sey; dann die Pandecten enthalten Definitionen, Divisionen, Argumentationen, die schon ihrer Natur nach nicht als Gesetze gelten können, und um desto weniger, da sie oft

unrichtig, unvollständig, inconsequent sind. Es haben daher auch einige neuere, besonders Leipziger Juristen die Benennung lex verlassen, und *caput* dafür gesetzt.

6) Man unterscheidet den **Text der Pandecten von den Compendien.** Text heißt das bisher beschriebene Werk, das Justinian verfertigen ließ, und das von unserm corpore juris den zweyten Theil ausmacht. Unter Pandectencompendien aber versteht man neuere, zum Behuf academischer Vorlesungen geschriebene, nach der Ordnung der Justinianeischen Pandecten eingerichtete Systeme des ganzen in Teutschland geltenden Privatrechtes. Die Grundlage darin ist römisches Recht, aber nicht blos Sätze der Justinianeischen Pandecten, sondern auch Verordnungen des Codex und der Novellen, ja auch canonisches und teutsches Recht sind beygebracht.

7) Die Ausgaben der Pandecten sind, wie man insgemein, aber sehr seltsam und unrichtig sagt, (dann es giebt deren weit mehrere) dreyerley: die **Florentinische, Haloandrinische** und *vulgata*. Die Florentinische hat Franz Taurellus zu Florenz im Jahr 1553. in Folio herausgegeben. Sie ist ein Abdruck des berühmten Florentinischen Manuscripts, von dem, (nach meiner Ueberzeugung) alle übrige Pandectenmanuscripte, so viel man deren kennt, Abschriften sind. Diese Ausgabe ist in sieben Theile, nicht in zwey oder drey Bände, wie einige sagen, abgetheilt; ist sehr selten und schätzbar. Die Haloandrinische hat Gregor Haloander zu Nürnberg im Jahr 1529. in drey Quartbänden besorgt. Sie gehöret wegen ihrer ausnehmenden Richtigkeit und vielen guten Lesearten unter die vorzüglichsten (* 7). Vulgata editio endlich nennte man vormals jede Ausgabe, welche in einer gewissen Zeitperiode sich gemein gemacht hatte, welche die laufende Ausgabe war. Bald also war diese, bald eine andere die vulgata. Seitdem die Gothofredische Ausgabe existirt, giebt es keine wahre, von der Florentinischen unterschiedene vulgatam. Dann Gothofreds Ausgabe ist die gewöhnlichste, sie stimmt aber fast ganz mit der Florentinischen überein (* 8).

8) Noch ist übrig, daß wir die Allegirart der Pandecten kennen lernen. Man unterscheide a) die **natürliche aber nicht gewöhnliche**, b) die bey den alten Juristen eingeführte, und c) die heutigestags übliche Weise zu allegiren. Nemlich a) die natürlichste Methode wäre, daß man Buch, Titel, Gesetz und Paragraph mit Zahlen bezeichnete, z. E. setzte:

Pandectar. Lib. 3. Tit. 3. Lex. 40. §. 2.

Aber sie ist nicht eingeführt, vielleicht weil sie zu weitläuftig schien, und man ein solches Allegat nicht leicht im Gedächtniß behalten kann. b) Die

alten Juriſten ſetzten alſo ſtatt deſſen die Anfangsworte des Geſetzes und des Paragraphes nebſt der Ueberſchrift des Titels z. E.

L. *Pomponius*, §. *ſed et* ff. oder D. de procurator.

Dieß Allegat war leicht auswendig zu behalten, und man forderte von einem Juriſten, daß er wußte, wo der Titel de procuratoribus, und in demſelben das Geſetz, das mit Pomponius anfängt, ſteht. c) In den neuern Zeiten iſt es gewöhnlich worden, ſtatt der Anfangsworte des Geſetzes und der Paragraphen die Zahl derſelben zu ſetzen, weil dieſes bequemer für den Aufſchlagenden iſt. Man ſetzt alſo ein L. (dieß heißt lex); darauf die Zahl des Geſetzes; das Zeichen §. welches paragraphus bedeutet; die Zahl des Paragraphs; ein D. oder π. oder ff. welches die Pandecten anzeigt, und endlich die Ueberſchrift des Titels. z. E.

L. 40. §. 2. { D. / π. / ff. } de procuratoribus.

und ſpricht es aus lex 40. paragrapho 2. Digeſtis (oder Pandectis) de procuratoribus. Iſt das prooemium eines Geſetzes, das heißt der erſte Satz aus dem Geſetz, der vor den Paragraphen vorausgeht, zu allegiren: ſo ſchreibt man z. E.

L. 20. pr. { D. / π. / ff. } de dolo malo.

und ſpricht es aus: Lex 20. prooemio oder principio Digeſtis de dolo malo. Einige verbinden die alte und neue Methode, indem ſie ſchreiben:

L. Pomponius 40. §. ſed & 2. D. de procuratoribus.

welches allgemeine Nachahmung verdiente. Die Urſache übrigens, warum man die Pandecten mit ff. anführt, iſt ſchwer anzugeben. Vermuthlich iſt dieſes Zeichen ein verdorbenes π. Endlich iſt noch zu wiſſen, daß man zuweilen die Buchſtaben D. π. und ff. ganz weg läßt. Wenn alſo im Allegat nicht bemerkt iſt, ob der codex oder die Pandecten zu verſtehen ſeyen, ſo ſind die letztern gemeynt.

9) Wer nun ein Allegat aus den Pandecten aufſchlagen will, muß wiſſen, wo der angegebene Titel ſteht, z. E. er muß wiſſen, daß der Titel de procuratoribus der dritte im dritten Buche iſt. Weiß man das nicht, ſo muß man das alphabetiſche Titelregiſter, das vor dem corpore iuris ſteht, nachſchlagen.

(1) *Apicius* de re culinaria Lib, 4. p. 103.
(2) P. 1. pag. 72. ſqq.
(3) *Ludewig* vita Iuſtiniani pag. 211. ſqq.

(4) in

(4) in Gundlingianis P. 4. obs. 5.
(5) *Ienſius* in ſtricturis ad Pand. & Cod. edit. quart. Roterd. 1764.
(6) Unpartheyiſche Critik über juriſt. Schriften, 1ter Band, 3tes Stück, 163. und f. f. Seite.
(7) *Duaren.* diſput. anniverſar. Lib. 1. diſp. 29.
(8) Meurer juriſtiſche Abhandlungen, S. 199. u. f. f.

§. 7. Von den funfzig Entſcheidungen.

Zu der Zeit als die Pandecten verfertiget wurden, gab Juſtinian ſeine funfzig Entſcheidungen heraus. Um ſich davon den rechten Begriff zu machen, behalte man folgendes:

1) Die alte Rechtsgelehrten hatten viele gelehrte Streitigkeiten unter ſich geführt, in vielen Rechtsmaterien verſchiedene Meynungen gehegt.

2) Die Haupturſachen dieſer Streitigkeiten waren die Secten, die zu Kayſer Auguſts Zeiten entſtanden waren. Damals nemlich lebten zwey berühmte Rechtsgelehrte, Cajus Atejus Capito, und Quintus Antiſtius Labeo, die aus mancherley Urſachen in ihren Meynungen ſehr oft verſchieden waren, die ihre Schüler und Anhänger hatten, und veranlaßten, daß länger als ein Jahrhundert faſt alle Rechtsgelehrten in zwey groſſe Partheyen getrennt, und nur wenige neutral oder ecclectiſch waren. Die Anhänger des Capito hieſen Sabinianer oder Caſſianer, weil zwey berühmte Juriſten Maſurius Sabinus und Cajus Caſſius Longinus zu dieſer Secte gehörten. Labeo's Schüler heiſſen Proculejaner, von Proculus, einem der angeſehenſten Männer ſeiner Schule. Daß ſie auch Pegaſianer geheiſſen hätten, wie Heineccius ſagt, iſt nicht zu erweiſen.

3) Als man die Pandecten zu compiliren anfing, zeigten ſich die verſchiedene Meynungen und Widerſprüche in den juriſtiſchen Schriften. Daher gab Juſtinian 50 Verordnungen, worin er durch Tribonian die vornehmſte Streitfragen entſcheiden ließ, und die daher die funfzig Deciſionen oder Entſcheidungen heiſen.

4) Juſtinian hat ſie nicht auf einmal, ſondern zu verſchiedenen Zeiten ertheilt; wahrſcheinlich ſie nachher ſammlen laſſen, und endlich ſind ſie ſeinem zweyten Coder einverleibt worden. Ob ſie aber alle darin ſtehen, wo ſie anzutreffen, woran ſie zu erkennen und wie ſie zu zählen ſind, iſt ſehr zweifelhaft (* 2), und zum Glück eben ſo unerheblich. So viel bemerke man alſo nur: wenn eine Verordnung im Coder (a) die Ueberſchrift: Iuſtinianus Ioanni & Iuliano P. P. führt; (b) in den Jahren 530. 531. oder 532. gegeben iſt; und (c) eine Streitfrage der alten Juriſten entſcheidet: ſo gehört ſie zuverläßig unter die 50 Entſcheidungen. Man ſehe z. E. L. 10. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. L. 31. Cod. de fideicommiſſis L. 19. Cod. ad legem Falcid.

5) Verschiedene neuere Rechtslehrer haben die 50 Entscheidungen aus dem Codex gesammelt und erklärt. Unser Autor führt des Emund Merillius und Johann Strauchs Arbeiten an (* 2). Beyde sind schätzbar, aber Strauchs Commentar ist nicht vollendet, nur zehen Entscheidungen sind darin erläutert.

(1) *Jo Pet. de Ludewig* Iustinian. Cap. 8. §. 33. not. 177. 178. p. 231. *Idem* in diss. de pactis de superstitis heredio, item 50 Decis. charact. Cap. 1.

(2) Des Merillius Commentar kam zu Paris 1618. in 4. heraus, steht auch in dessen Werken (Neapel 1720. 4.) Part. 2. Strauchs Erläuterung ist zu Giesen 1676. in 4. gedruckt.

§. 8. Verfassung der Institutionen.

Codex und Pandecten waren nun fertig. Man sah aber bald, daß diese Bücher dem Anfänger nicht dienen konnten, um daraus die Rechtsgrundsätze zu erlernen. Justinian befahl daher, zum Besten der juristischen Lehrlinge ein kleines Elementarbuch zu entwerfen, mit dem sie den Anfang in ihren Studien machen, die Milch der Jurisprudenz einsaugen könnten. Er übertrug diese Arbeit dreyen Rechtsgelehrten, Tribonian, Dorotheus und Theophilus. Tribonian war, wie schon oben erinnert worden ist, Magister officiorum, und Exquæstor sacri Palatii, Dorotheus Professor der Rechte zu Berytus, und Theophilus Rechtslehrer zu Constantinopel. Als die Arbeit fertig war, erhielt sie den Titel *Institutiones*.

1) Die Quellen dieses Buches sind (a) die Institutionen einiger älterer Juristen, vorzüglich des Cajus, eines Rechtsgelehrten aus Hadrians Zeit, dessen Buch noch jetzt gröstentheils vorhanden ist; (b) der alte oder erste Codex, und (c) die Pandecten.

2) Die Eintheilung der Institutionen ist diese: sie haben vier Bücher: jedes Buch seine Titel, jeder Titel seine Abschnitte, wovon der erste *prooemium* oder *principium*, die folgende aber Paragraphen heisen.

3) Der Text muß auch bey diesem Buche nicht mit den Compendien verwechselt werden. Die Arbeit der drey eben genannten Männer, des Tribonian, Dorotheus und Theophilus, ist der Text. Anfangsgründe des römischen Rechts aber, von neueren Schriftstellern nach Ordnung des Justinianeischen Textes entworfen, heisen compendia der Institutionen. Jener, der Text, hat gesetzliches Ansehen, das den Compendien fehlt.

4) Man hat eine griechische Paraphrase des Institutionentextes, das heist eine griechische Uebersetzung, wo der Text durch Zusätze erweitert und erklärt ist. Sie hat einen Theophilus zum Verfasser, der wahrscheinlich derselbe Rechtslehrer ist, welcher an den lateinischen Institutionen mit arbeitete, und ist ein gutes Hülfsmittel zur Erklärung des lateinischen Textes. Die

beste Ausgabe dieser Paraphrase ist die Reizische, Haag 1752. 2 Bände in 4.

5) Die Art die Institutionen zu allegiren, kommt mit der bey den Pandecten gewöhnlichen überein. Man bemerke, (a) der Jurist allegirt die Institutionen nicht, wie andere Bücher allegirt zu werden pflegen. Z. E. nicht Instit. *Lib.* 1. Tit. 10. prooem. oder §. 2. sondern (b) wann diese Stellen bey ältern Juristen angeführt werden: so heißt es.

Pr. Inst. de nupt. oder §. inter eas Inst. de nupt.

Inter eas sind die Anfangsworte des §. 2. im Titel de nuptiis. (c) Die neuere hingegen lassen die Anfangsworte des §. weg und setzen dafür die Zahl z. E.

§. 2. { Inst. / I. } de Nuptiis.

Also das Paragraphzeichen; die Zahl, das abgekürzte Wort Inst. oder auch nur den Buchstab I.; endlich die Ueberschrift des Titels, aus dem das Allegat genommen ist. Um ein solches Allegat aufzuschlagen, ist nichts nöthig, als zu wissen, wo der citirte Titel steht, welches dann einer, der es nicht auswendig weiß, aus dem Titelregister erfahren kann.

§. 9. Alter der Institutionen und Pandecten.

Es ist nützlich, das Alter eines Gesetzbuches zu wissen; insonderheit nützlich zu wissen, welches von mehreren Gesetzbüchern das ältere, welches das neuere sey. Davon wird uns der 15te Paragraph überzeugen. Unser Autor vergleicht deswegen hier das Alter der Pandecten und Institutionen mit einander. Welches von beyden Büchern ist älter? Man unterscheide drey Zeiten, die Zeit der **Verfertigung**, der **Bekanntmachung**, und der **Bestätigung**. Die Pandecten sind eher als die Institutionen verfertiget worden. Als die Pandecten schon ganz, oder wenigstens grösstentheils fertig waren, fieng man erst an, die Institutionen zu schreiben. Aber die Institutionen wurden eher als die Pandecten bekannt gemacht. Die Institutionen ließ Justinian am 21ten Nov. im Jahr 533. die Pandecten erst 16ten December desselben Jahrs publiciren. Die Bestätigung erhielten beyde Bücher auf Einen Tag. Justinian verordnete, beyde sollten gesetzliches Ansehen (plenissimum constitutionum Iustinianearum robur) vom 30ten December des Jahrs 533. an haben.

§. 10. Neuer Coder.

Nach Verfertigung des Coder, den wir §. 5. kennen lernten, hatte Justinian eine grosse Menge neuer Verordnungen, über zweyhundert, publicirt.

blicirt. Manche alte Verordnung des Codex war auch durch diese neue Gesetze abgeschafft und aufgehoben. Justinian gab daher Befehl den alten Codex zu revidiren, mit den neuen Verordnungen zu vermehren, insonderheit die funfzig Decisionen einzuschalten, die abgeschaffte Verordnungen wegzulassen, und solchergestalt eine neue Ausgabe des Codex zu besorgen. Der Befehl wurde durch Tribonian und vier andere Rechtsgelehrte befolgt, und der neue Codex unter dem Namen *codex repetitae praelectionis* im Jahr 534. bekannt gemacht. Der alte Codex hingegen wurde völlig abgeschafft, und sein gerichtlicher Gebrauch verboten. Ich habe von diesem neuen Codex folgendes anzumerken.

1) Der Name codex repetitae praelectionis kommt von der Gewohnheit der Alten her, ihre Bücher vor der Bekanntmachung öffentlich vorzulesen. Wer ein Buch zum zweytenmal herausgab, wiederholte die Vorlesung. Daher heißt liber repetitae praelectionis die zweyte Ausgabe eines Buches; codex repetitae praelectionis ein neuer, verbesserter Codex.

2) Der Codex ist so wie die Pandecten in Bücher; diese in Titel, die Titel in Gesetze, und die Gesetze in prooemium und Paragraphe eingetheilt.

3) Die Originalsprache der meisten Gesetze im Codex ist die lateinische. Der oben (§. 6.) angeführte Jensius behaupter zwar viele Verordnungen im Codex, die wir für lateinische Originale hielten, seyen Uebersetzungen aus dem griechischen. Aber seine Beweise sind hier eben so unzulänglich als bey den Pandecten (* 1).

4) Nicht wenige Verordnungen, die vormals im Codex standen, sind durch die Nachläßigkeit der Abschreiber, und durch die Verwüstung der Zeit verlohren gegangen. Verschiedene Gelehrte, Cujacius, Charondas, und Contius haben sie zum Theil aus den griechischen Gesetzbüchern wieder hergestellt, und dem Codex einverleibt.

5) Der Codex ist, wie man aus dem bisher gesagten sieht, von den Pandecten darin verschieden, daß jener eine Sammlung kayserlicher Verordnungen ist, diese aber Auszüge aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten enthalten.

6) Bey dem Allegiren des Codex ist, so wie bey den Pandecten, die natürlichste Art von der vormals eingeführten, und von der jetzt gewöhnlichen zu unterscheiden. Wer den Codex nemlich allegiren wollte, und die eingeführte Art nicht kennte, würde setzen.

Codex, Lib. 4. Tit. 18. L. 2. §. 2.

Aber auf diese Weise allegiren die Rechtsgelehrte nicht. Vor Zeiten führten sie den Codex also an:

L. re-

L. receptitia §. his videlicet Cod. de conſtituta pecunia. 1)

Receptitia nemlich iſt das Anfangswort des zweyten Geſetzes im Titel de conſtituta pecunia, und mit his videlicet fängt ſich der zweyte Paragraph in dieſem Geſetz an. Weil dieſe Anführungsart aber die Unbequemlichkeit hat, daß der Aufſchlagende die Anfangsworte aller Geſetze in dem allegirten Titel, und die Anfangsworte aller Paragraphen in dem allegirten Geſetz durchlaufen muß: ſo allegirt man in neueren Zeiten die Zahl des Geſetzes und Paragraphes; man ſetzt:

L. 2. §. 2. C. (oder Cod.) de conſtituta pecunia, oder auch die Anfangsworte und Zahl zugleich.

L. receptitia 2. §. his videlicet 2. C. de conſtit. pec.

Will man das Allegat nachſchlagen, ſo hat man im Titelregiſter den Titel de conſtituta pecunia zu ſuchen; dieſes zeigt, daß er im 4ten Buche des Coder der 18te iſt. Einige neue Juriſten ſetzen noch die Zahl des Buches und des Titels bey, z. E.

L. 17. C. de pignor. (VIII. 14.)

Dieſe Mode verdiente allgemein eingeführt zu werden, dann da man heutiges Tages keine Vorleſungen mehr über den Coder hält, ſo kann man von einem Juriſten nicht fordern, daß er die Titelfolge dieſes Buches auswendig wiſſe.

Die Anmerkung zum gegenwärtigen Paragraph ſagt, in den Inſtitutionen, im Texte nemlich, würden oft Verordnungen des Coder allegirt, die doch in unſern Ausgaben nicht ſtünden. Sehr oft geſchieht dieſes nun wohl nicht, ſondern nur dreymal, und dieſe drey Stellen zeigt der Autor ſelbſt an. (1) Im §. 27. Inſt. de legat. desgleichen im pr. Inſt. de bon. poſſeſſ. wird eine Verordnung Juſtinians de perſonis incertis; (2) im §. 7. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. eine Verordnung de iure patronatus, und (3) im §. 24. & 33. de act. eine Conſtitution de plus petitionibus angeführt. Alle dieſe drey Verordnungen aber fehlen im Coder. Woher kommt dieß? Man giebt zweyerley Urſachen an. Einige ſagen mit unſerm Autor, zu der Zeit, als die Inſtitutionen geſchrieben wurden, hätte man den alten Coder noch gehabt, darinn hätten dieſe drey Verordnungen geſtanden, in dem neuen aber ſeyen ſie weggelaſſen. Andere hingegen, welche dann wohl Recht haben mögen, behaupten, die in den Juſtitutionen allegirte, im Coder fehlende Verordnungen hätten ſowohl im alten als im neueren Coder geſtanden, ſie ſeyen aber nachher entweder durch ein Verſehen der Abſchreiber verlohren gegangen, oder durch Zufall und Zeit vernichtet worden.

(1) Unpartheyische Critik über juristische Schriften, 3ter Band, 6ter Theil, 500 u. f. Seite.

§. 11. und 12. Von Justinians Novellen.

Nachdem auch der neue Coder fertig war, regierte Justinian noch viele Jahre. Weil ihm in dieser Zeit manche Fälle vorkamen, die in seinen Rechtsbüchern noch nicht entschieden waren, oder die er jetzt anders entscheiden wollte, als dort geschehen war: so gab er nach und nach zu verschiedenen Zeiten noch eine ziemliche Anzahl neuer Verordnungen, worinn er theils das alte Recht änderte, theils Fälle entschied, die in den vorigen Rechtsbüchern, Institutionen, Pandecten und Codex nicht vorkamen. Diese neue Verordnungen heisen *Nouellae* nemlich leges, und sind in einer Sammlung dem corpori iuris beygefügt worden. Ich habe mancherley darüber anzumerken.

1) Fragt sich's, wer hat die Sammlung der Novellen, welche wir besitzen, gemacht? Daß Justinian selbst eine Sammlung zu veranstalten versprochen hat, ist gewiß; auch daß er eine zu Stande gebracht habe, ist nicht mit Grund zu bezweifeln; wie der jüngere Hombergk in seiner Abhandlung de collectione nouellarum a Iustiniano facta (* 1) bewiesen hat. Aber ob die Sammlung, welche wir besitzen, dieselbige sey, die Justinian hat machen lassen, ist eine andere Frage. Aus verschiedenen Gründen ist zu schliessen, daß wir die Justinianeische Sammlung nicht besitzen. Wenigstens ist gewiß, daß in unserer Sammlung manche unächte Novellen sind, Verordnungen von Justin II. von Tiberius, und Eparchica, das heist Edicte gewisser hohen Magistratspersonen, welche praefecti praetorio oder griechisch Ἔπαρχοι hiesen. (* 2) Indessen ist unsere Sammlung doch schon alt, dann im 9ten Jahrhundert war sie schon vorhanden. Dieses sieht man aus einem griechischen Rechtsbuche dieses Zeitalters (* 3) wo es heist, die 160ste Novelle handele von usuris pecuniae mutuaticiae. Eben dieses ist aber auch der Inhalt der 160sten Novelle in unserer Sammlung.

2) Welches ist die Originalsprache der Novellen? Ferd. Aug. Hommel in einer Dissertation de textu Nouellarum originario (* 4) glaubt die lateinische. Aber der jüngere Hombergk in seinem Tractat de lingua Nouellarum originaria (* 5) zeigt, daß die meiste Novellen griechisch, einige auch griechisch und lateinisch zugleich publicirt worden sind. Indessen ist das griechische Original der Novellen lange unbekannt gewesen. Erst im Jahr 1533. gab es Gregorius Haloander zu Nürnberg heraus. Der Buchdrucker Hervagius besorgte im Jahr 1541. zu Basel

Basel eine mit einigen Novellen vermehrte Edition. Und eine dritte, mit 23 ungedruckten Novellen bereicherte gab Heinrich Scrimger (* 6) im Jahr 1558. zu Paris heraus. Diese ist 1561. zu Basel wieder aufgelegt worden (* 7).

3) Die Novellen sind dreymal übersetzt. Man hat die Vulgata, die Haloandrische, und die Hombergkische Uebersetzung. Das eigentliche Alter, und der Verfasser der Vulgata sind unbekannt; doch scheint sie im 9ten Jahrhundert schon existirt zu haben. Sie ist von Wort zu Wort gemacht, ohne Rücksicht auf das Genie der lateinischen Sprache und voll Barbarismen. Weit reiner und eleganter ist die Haloandrische. Aylaus ein holländischer Rechtsgelehrter, der im Jahr 1595. zu Utrecht starb, hat die Fehler der Haloandrischen Uebersetzung bemerkt, einige Novellen ganz neu übersetzt, und Varianten zu der Haloandrischen Ausgabe geliefert. Sein Buch ist unter dem Titel: Nouellarum Iustiniani Principis constitutionum supplementum zu Cölln 1560. in 8. herausgekommen. (* 8) Die beste aber ist die von Hombergk dem Vater, welche im Jahr 1717. zu Marburg in 4. erschien.

4) Sehr merkwürdig ist die *epitome Iuliani*. Nemlich Julian ein Rechtsgelehrter zu Constantinopel machte um das Jahr 570. einen Auszug aus Justinians Novellen in lateinischer Sprache, der, weil er kürzer und angenehmer zu lesen als das Original ist, grosses Ansehen erhielt. Die besten unter den sehr vielen Ausgaben dieser epitome sind die Baselische vom Jahr 1576. und die Pariser vom Jahr 1689.

5) Was gilt aber in der Praxis, das griechische Original, oder eine Uebersetzung, und welche? Billig sollte das Original gelten, und wenn man ihm eine Uebersetzung vorziehen wollte, so sollte man wenigstens die beste wählen; aber der Gerichtsbrauch nimmt weder das Original, noch die beste Uebersetzung, sondern die Vulgata an. (* 9) Dieses kommt daher, weil zu der Zeit als das corpus iuris in Deutschland recipirt wurde, nicht das Original, sondern die versio vulgata darinn stand. Was aber zur Zeit der Reception vorhanden war, das wurde angenommmen. Weicht also die vulgata von dem Text ab, so folgt man jener. Z. E. in der 107. Novelle sagt die vulgata: die Eltern sollen im Testamente unter Kindern das datum und zwar mit eigener Hand beysetzen. Das Original sagt nur: wann die Eltern das *datum* beysetzen wollen, so sollen sie es mit eigener Hand thun. Eine andere Verschiedenheit zeigt Strube am angeführten Orte.

6) Die Novellen sind, vermuthlich von den Glossatoren, in neun collationes, und diese in Titel eingetheilt worden. Wann daher die alte

Juriſten die Novellen allegiren wollten, ſo ſetzten ſie: Authentica, (dann ſo nennten ſie die Novellen) alsdann die Anfangsworte der Novelle, den Anfang des Capitels, oder Paragraphs (§.) wie ſie ſagten, und die Zahl der Collation. Z. E.

Authent. plurimas, §. nullam vero, Collat. 9.

Heutzutag ſetzt man das Wort Novelle abgekürzt: *Nov.* darauf die Zahl der Novelle, das Wort *Cap.* und die Zahl des Capitels. Z. E.

Nov. 118. Cap. 4.

(1) In *Zepernick* delect. ſcriptor. Novell. Iuſtin. illuſtrant. p. 295. ſqq.
(2) *Hoffmann* hiſt. jur. Vol. I. pag. 624. 609.
(3) Synopſis Baſil. Lib. 23. Tit. 3. Cap. 73. p. 251.
(4) *Zepernick* delect. pag. 267. ſqq.
(5) *Zepernick* delect. p. 177 ſqq.
(6) Das Leben dieſes merkwürdigen Gelehrten beſchreibt **Zepernick** in ſeinen Zuſätzen zu **Becks** tract. de Nov. Leon. S. 338.
(7) *Zepernick* ad *Beck* p. 346.
(8) *Zepernick* ad *Beck* p. 339.
(9) *Mauritius* de libris mr. commun. §. 16. in opuſc. pag. 83. *Lauterbach* coll. th. pr. prolegom. §. 6. n. 2. *Höffmann* hiſt. iur. Part. 2. Cap. 12. §. 13. p. m. 283. **Strube** rechtl. Bedenken. 2ter Band, 215te Seite. Für den griechiſchen Text ſtreitet *Hunnius* de interpret. & auct. iur. Lib. 2. Cap. 5.

§. 13. Von den Authentiken.

In dem Coder findet man hier und da ziemlich häufig Stücke, welche nicht auf Juſtinians Befehl, ſondern erſt in den neuern Zeiten einverleibt worden ſind. Sie heiſſen *Authenticae*. Man bemerke von ihnen:

1) Das Wort *Authenticae* hat dreyerley Bedeutungen. (a) Die ältere Juriſten nennten die Novellen Authenticas, oder im Neutrum Authentica, orum. Wann ſie den Auszug Julians citirten, ſo ſagten ſie Nouellae; wollten ſie aber die ächte Novellen Juſtinians anführen, ſo ſagten ſie authenticae. (* 1) Dieſe Bedeutung aber iſt jetzt nicht mehr üblich. Ferner (b) bedeutet das Wort authenticae Verordnungen der Kayſer Friederichs des erſten und des zweyten, die in dem Coder ſtehen. Dieſe Kayſer publicirten auf ihren Römerzügen in Italien viele Verordnungen. Einige davon ſchalteten die Juriſten damaliger Zeit in den Coder ein. Z. E. Friederich I. gab in einer Verordnung, die ſich habita quidem anfängt, den Lehrern und Schülern der Rechtsgelehrſamkeit verſchiedene Privilegien. Dieſe Verordnung iſt in den Titel des Coder ne filius pro patre Lib. 4. Tit. 13. geſetzt worden. Endlich (c) verſteht man unter den Authentiken auch Auszüge aus den Juſtinianeiſchen Novellen, welche man unter die Geſetze des Coder geſetzt hat, auf die ſie einigen Bezug haben.

In

In den Novellen wird das ius codicis theils confirmirt, theils abrogirt, theils suppliret. Man hat also Auszüge aus den Novellen gemacht, und sie hie und da in die Titel des Codex eingeschaltet, wohin sie des Inhalts wegen gehörten. Z. E. in der Leg. 29. Cod. de testam. hatte Justinian verordnet, daß der Testirer den Namen des Erben mit eigner Hand schreiben sollte. In der Novelle 119. Cap. 3. hebt er dieses Gesetz wieder auf. Man hat daher aus der Novelle einen Auszug gemacht, und ihn unter die Leg. 29. Cod. de testam. gesetzt.

2) Die Authenticae von der einen und der andern Art unterscheiden sich von den übrigen Gesetzen des Codex durch die Cursivschrift, womit sie gedruckt sind, und durch die Ueberschriften. Die Fridericianische Authentiken führen nemlich die Ueberschrift: *Noua Constitutio Friderici*, und über den Justinianeischen ist die Novelle allegirt, aus der sie genommen sind.

3) Der Name Authenticae hat vermuthlich folgenden Ursprung. Im 12ten Jahrhundert wurden kurze Anmerkungen über das corpus iuris geschrieben, die man *Glossas*, so wie ihre Verfasser *Glossatores* nannte. Unter diesen Glossen standen auch die vorhingedachte Verordnungen der beyden Kayser Friederich und die Novellenauszüge. Sie wurden daher ebenfalls als Glossen angesehen. Weil sie aber doch vom Gesetzgeber herkamen, also gesetzliches Ansehen hatten, auch grösstentheils aus den Novellen genommen waren, welche, wie gesagt, bey den Alten Authenticae hiessen, so nennte man sie zur Unterscheidung von den übrigen Glossen: *Authenticas* nemlich glossas, Glossen von gesetzlicher Auctorität, vom griechischen αὐθέντης dominus, αὐθεντία auctoritas:

4) Wer hat aber die Authentiken in das corpus iuris gesetzt? Von den Friedericianischen ist es ausgemacht, daß sie die Glossatoren dem Codex einverleibt haben. Aber über die Frage, wer der Verfasser der Justinianeischen Authentiken sey, ist ein hitziger Streit geführt worden. Die Hauptstreiter waren Cornelius van Bynkershoek und Alex. Arnold Pagenstecher, und die ganze Geschichte des Streites findet man in den Hallischen Beyträgen zur juristischen gelehrten Historie. (* a) Man hat dreyerley Meinungen. Die alte Juristen und einige neuere behaupten, Irnerius ein Rechtslehrer zu Bologna, der um das Jahr 1140. starb, habe alle Authentiken gemacht. Pagenstecher hingegen in seiner Abhandlung: Irnerius iniuria vapulans behauptet, die Authentiken seyen bald nach Justinians Zeiten verfertiget worden, Irnerius habe keinen Antheil daran, und leide also wegen der darinn vorkommenden Irthümer unschuldig Streiche. Eine dritte Parthey geht den Mittelweg und nimmt an, daß

Irnerius der Verfasser einiger Authentiken sey, daß aber manche schon vor ihm, manche von andern Juristen seines Zeitalters verfertiget worden. Diese Meynung hat Bynkershoek (* 3) und Silberrad (* 4) mit solchen Gründen unterstützt, daß jeder Unpartheyische ihr Beyfall geben muß.

5) Wenn man die Authentiken allegiren will, so setzt man (a) das Wort authentica abgekürzt; (b) die Anfangsworte der Authentike; (c) den Buchstab C. oder Cod. das heist Codicis; (d) die Ueberschrift des Titels im Coder, wo die Authentike steht. Z. E.

Auth. bona damnatorum C. de bonis proscriptor.

Hier ist die Authentike in dem Titel des Coder de bonis proscriptorum (Lib. 9. Tit. 49.) welche sich mit den Worten bona damnatorum anfängt, gemeynt. Wer ein solches Allegat nachschlagen will, muß den angeführten Titel des Coder aufsuchen, und alsdann die Anfangsworte der darinn enthaltenen Authentiken durchlaufen, bis er die allegirte findet.

(1) *Scip. Gentil.* de secund. nupt. Cap. 13. p. m. 85.
(2) 2ter Band, 335. u. ff. Seite.
(3) *Bynkershoek* diatriba de auctore auctoribusue authenticarum, in opusc. Halens. T. 1. p. 141. sqq.
(4) *Silberrad* ad Heinecc. Lib. 1. §. 419.

§. 14. Anhänge des römischen Gesetzbuches.

Mit den Novellen schließt sich das corpus iuris romani. Man hat aber in neuern Zeiten noch Anhänge dazu gemacht, die in gegenwärtigem §. beschrieben werden. Der erste Anhang bestehet aus den 13 Edicten Justinians. Justinian hat sie, wie die Novellen, erst nach Verfertigung seiner übrigen Gesetzbücher machen lassen. Sie sind entweder keine allgemeine Gesetze, sondern betreffen blos gewisse Provinzen und Städte, oder entscheiden einen damaligen Religionsstreit. Die Ursprache ist griechisch, Agyläus hat sie ins Lateinische übersetzt. Auf sie folgen noch 2) einige Verordnungen Justinians, Justins II. und Tiberius II. von geringer Erheblichkeit; und 3) die Leonische Novellen.

Leo, mit dem Beynamen der Philosoph, regierte im Orient vom Jahr 886. bis 911. Er hat viele Verordnungen gegeben; worinn manches dem Justinianeischen Recht zuwider verordnet worden ist. Leo erklärt z. E. das Testament eines Verschwenders für gültig, wenn es vernünftig ist; da es nach dem Justinianeischen Recht nicht gilt. Er giebt den Castraten und Weibspersonen die Erlaubniß zu adoptiren, die sie nach Justinianeischem Recht nicht haben. Nach diesem Recht muß eine Schenkung, die sich über 500 Soliden oder 2000 fl. belauft, gerichtlich angezeigt werden; dies hat Leo aufgehoben. 113 dieser Verordnungen hat Scrimger zu Paris anno 1558.

1558. in fol. herausgegeben, nachher sind sie dem corpori iuris angehängt worden. Ihre Originalsprache ist griechisch, die lateinische Uebersetzung hat Agyläus gemacht. Die beste Nachricht von den Leonischen Novellen giebt Caspar Achat. Beck in seinem Tractat de Nouellis Leonis. Herr Assessor Zepernick hat diese Schrift mit vortrefflichen Anmerkungen und Abhandlungen zu Halle 1779. herausgegeben, und ich muß sie in dieser Gestalt jedem empfehlen, der gründliche Gelehrsamkeit schätzt.

Der vierte Anhang besteht aus einer Verordnung des Kayser Zeno und den sogenannten constitutionibus Imperatoriis, oder Verordnungen des Kayser Heraclius, Nicephorus, Constantinus Porphyrogennetus und anderer. Der Fünfte ist ungleich wichtiger als alle vorhergehende, er enthält das Longobardische Lehnrecht. Man bemerke davon: 1) wenn ich jemanden eine Sache, z. E. ein Landgut in Gebrauch gebe, mit dem Beding, daß er mir treu seyn, mein Bestes befördern und meinen Schaden abwenden soll: so sagt man er habe ein Lehn, Feudum erhalten; er heist Vasall, ich Lehnsherr. In den vorigen Jahrhunderten waren diese Lehn sehr häufig; man gab den Soldaten statt des Soldes, und den Civilbedienten statt der Besoldung Lehngüter. 2) Unter andern hatten auch die Longobarden, ein Volk von deutscher Herkunft, das sich im 6ten Jahrhundert in Italien niederließ, die Lehngüter eingeführt. Entstand über solche Güter zwischen Herrn und Vasallen, oder unter den Vasallen selbst Streit, so ward er nach Gebräuchen und Gewohnheiten entschieden. 3) Zwischen den Jahren 1158. und 1168. sammelte ein Schriftsteller, dessen Name völlig unbekannt ist, diese Longobardische Lehnsgewohnheiten. Er brauchte dabey hauptsächlich die ältere Schriften zweyer Mayländischen Consuln des Gerardus Niger und Obertus ab Orto, und ein Rechtslehrer zu Bologna, Hugolinus a Presbyteris hieng das Werk unter Kayser Friederichs des zweyten Regierung dem corpori iuris an. Sie führen den Titel: libri Feudorum, und sind in den ältern Ausgaben des corp. iuris in zwey Bücher, die Bücher in Titel abgetheilt. Daher allegirt man sie folgendergestalt:

I. Feud. 7.
II. Feud. 10.

Dieses spricht man gewöhnlich aus: primo Feudorum sieben, secundo Feudorum zehen, und versteht darunter den siebenden Titel des ersten Buches, den zehenden Titel des zweyten Buches.

§. 15. Welche Stücke des römischen Rechtsbuchs haben gesetzliches Ansehen.

Nachdem wir alle Theile des corporis iuris kennen gelernt haben,

so

so sind zwey Fragen zu beantworten: 1) Welche von den bisher beschriebenen Stücken des corp. iuris haben gesetzliches Ansehen? 2) Wann sich die Gesetze im corpore iuris widersprechen, welches geht dem andern vor? Ehe ich zur Beantwortung dieser Fragen schreite, will ich zur Wiederholung und Uebersicht des bishergesagten eine chronologische Tabelle hersetzen: (* 1)

Im Jahr 527 den 1ten April kam Justinian zur Regierung.
— — 528 den 13ten Februar gab er Befehl zur Verfertigung des ersten Codex.
— — 529 den 13ten April ließ er diesen Codex bekannt machen.
— — 530 den 15ten Dec. befahl er die Pandecten zu schreiben.
— — 531 } wurden die Pandecten gesammelt, und da sie fertig
— — 532 } waren, die Institutionen geschrieben.
— — 533 }
— — — am 21ten November wurden die Institutionen publicirt.
— — — am 16ten December wurden die Pandecten bekannt gemacht.
— — — am 30sten December erhielten Institutionen und Pandecten gesetzliches Ansehen.
— — 534 den 16ten November wurde der Codex repetitae praelectionis bekannt gemacht.
— — 535 und den folgenden bis 559 wurden die Novellen publicirt.

Die erste Frage also war: welche der bisher beschriebenen Rechtsbücher, und welche Theile des corp. iuris haben rechtliche Autorität? Die allgemeine Antwort ist: nur das Justinianeische Recht ist in Deutschland angenommen, und zwar nur die Theile desselben, die mit Glossen versehen sind. Justinian war kein Oberherr und Gesetzgeber der Deutschen. Sein Gesetzbuch gilt blos darum, weil es unsere Nation freywillig angenommen hat. Schon im 13ten, 14ten und 15ten Jahrhundert schlich es sich nach und nach in Deutschland ein. Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde ihm seine gesetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgesetz, die Cammergerichtsordnung vom Jahr 1495. bestätiget. Weil aber das Ansehen der Glossatoren in den damaligen Zeiten so gros war, daß man sie beynahe wie Gesetzgeber ehrte, so wurde nichts vom römischen Recht in Deutschland aufgenommen, als was mit Glossen versehen war.

Daraus folgt dann I. daß die Fragmente des Codex Gregorianus und Hermogenianus, deßgleichen der Theodosianische Codex in unsern Gerichten

richten kein gesetzliches Ansehen haben. Dann sie sind kein Justinianeisches Recht, und Justinian hat auch diese Sammlungen als er seinen ersten Codex publicirte, ganz abgeschafft. Er verordnete, daß es als ein falsum, als ein öffentlicher Betrug angesehen werden sollte, wenn man sie im Gericht noch als Gesetzbücher allegiren würde. Indessen haben doch diese Bücher ihren grossen Nutzen in der juristischen Auslegungskunst; denn man kann oft daraus das alte römische Recht lernen, das in dem Justinianeischen Codex nicht steht, und das gleichwohl zur bessern Einsicht in das neue sehr nöthig ist. Ferner stehen in dem Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex die Verordnungen weit vollständiger und ächter, als in unserm Justinianeischen, wo sie abgekürzt und verändert sind. Sie sind also in jenen Büchern leichter und richtiger zu erklären, als in diesem.

II. Die Authentiken gelten nicht ohne Unterschied, sondern man muß distinguiren: entweder ist die Rede von den Friedericianischen Authentiken, oder von den Justinianeischen; die erstere haben gesetzliches Ansehen. Die letztere stimmen entweder mit ihrer Quelle, der Novelle überein, oder nicht. Kommen sie mit der Novelle überein, so gelten sie. Wie aber, wenn sie von der Novelle abweichen? Dieses geschieht mehr, als einmal. Der Verfasser der Authentiken hat die Novelle zuweilen nicht aufmerksam gelesen, nicht recht verstanden, oder vielleicht vorsetzlich ihre Vorschrift geändert. Unser Autor führt in den Noten verschiedene Exempel davon an. Die Novelle 134. C. ult. verordnet, daß das Vermögen eines zum Tode verurtheilten Missethäters auf die Descendenten, und nach ihnen auf die Ascendenten bis zum dritten Grade fallen soll. Die Seitenverwandte sind ausgeschlossen. Wann also mein Bruder zum Tode verurtheilt wird, so erbe ich nicht. Die aus dieser Novelle gezogene Authentike bona damnatorum Cod. de bonis proscriptorum aber giebt den Descendenten, allen Ascendenten und den Seitenverwandten bis zum dritten Grade ein Erbrecht. In diesem Falle ziehen verschiedene Juristen die Authentike vor, weil sie doch neuer als die Novelle, und mit dem ganzen corp. iuris recipirt worden sey. (* 2) Die meiste aber behaupten, daß die Novelle vorgehe, wann nicht erwiesen werden könne, daß eine Authentike der Novelle zuwider in der Praxis angenommen sey. (* 3) Und dieß ist auch die richtigste Meynung; denn es ist nicht zu vermuthen, daß Kayser und Reich einen Irrthum oder vorsetzliche Verfälschung bey der Aufnahme des römischen Rechtes haben billigen und annehmen wollen; oder wenigstens, daß sie dergleichen jetzt, da man von der abergläubischen Verehrung der Glossatoren zurückgekommen ist, billigen werden.

III. Die Novellen des Kayser Leo gelten nach der richtigern Meynung nicht in den Gerichten; dann sie sind kein Justinianeisches Recht, und man

hatte sie zu der Zeit, als dieses aufgenommen wurde, noch nicht. Daß manches in Deutschland beobachtet wird, was in den Leonischen Novellen steht, kann nicht geleugnet werden. Aber es gilt nicht, weil es Leo so verordnet hat, sondern, weil es dem canonischen, oder deutschen, oder Naturrecht gemäß ist. (* 4)

IV. Die 13 Edicte Justinians, die einzelne Verordnungen von ihm, von Justinus minor, Tiberius II. Zeno und andern Kayfern, kurz alles, was von Verordnungen noch auf Justinians Novellen folgt, ist in den Gerichten nicht angenommen. Dann es war zur Zeit der Aufnahme noch nicht im corp. iuris, und hat keine Glossen. Auch die Verordnungen im Codex gelten nicht, die zur Zeit der Reception noch nicht im corp. iuris waren, sondern erst nachher von Cujacius, Contius und andern aufgefunden und eingeschaltet worden sind. (§. 10. N. 3.) Wenigstens ist dieses die gemeine und recipirte Meynung. (* 5)

Hingegen haben gesetzliches Ansehen I. die Institutionen und II. die Pandecten. Nur muß man den obenbemerkten Unterschied unter Text und Compendien nicht vergessen. Der Text der Institutionen und Pandecten hat gesetzliche Kraft, nicht die Compendien. (§. 6. et 8.)

III. Der Codex repetitae praelectionis, so wie er zur Zeit seiner Aufnahme in Deutschland war.

IV. Die Novellen; doch muß man hier einen Unterschied machen: die Novellen sind entweder mit Glossen versehen oder nicht. Der glossirten sind 118. (* 6) Die Ursache, warum einige Novellen keine Glossen haben, ist bey manchen leicht zu begreifen, bey andern nicht. Nemlich einige waren zur Zeit der Glossatoren noch nicht aufgefunden, z. E. 166. 167. 168. andere quadriren nur auf die römische Staatsverfassung, z. E. Nov. 13. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. ꝛc. Die Glossatoren hielten es also nicht für der Mühe werth, sie zu erklären. Aber einigen Novellen fehlen auch die Glossen, ohne daß irgend jemand die Ursache einsehen kann, z. E. der 121. 155. 160. 162. Dieses vorausgesetzt, bemerke man: die glossirten Novellen gelten, jedoch nur in so weit, als sie auf die heutige Verfassung anwendbar sind, z. E. also die 10. 41. 116. gelten nicht. Die nicht glossirten haben keine gesetzliche Gültigkeit, weil man die Regel hat: quidquid non recipit glossa, id non recipit forum; und diese gründet sich darauf, daß das was keine Glosse hat, zur Zeit, als das corpus iuris recipirt wurde, darin nicht befindlich gewesen sey. Der unten angeführte Menken (* 7) hält zwar diese Meynung für unvernünftig, und glaubt, man sollte die nicht glossirte Novellen so gut als die glossirte gelten lassen; ausser, wann sie unächt, und nicht von Justinian, oder nicht passend auf die deutsche Verfassung sind.

Aber

Aber Zepernik (* 8) hat doch verschiedenes zur Vertheidigung der gemeinen Meynung beygebracht, das nicht zu verwerfen ist.

V. Gelten die Fridericianische Authentiken. Sie sind zwar nur für Italien, und ohne Consens der deutschen Reichsstände gegeben; haben also an sich keine gesetzliche Autorität; sie sind aber mit dem corp. iuris in Deutschland an und aufgenommen worden. (* 9)

Endlich VI. haben auch die Longobardische Lehnrechtsbücher gesetzliche Gültigkeit. Doch ist dieses nur von den sogenannten capitulis ordinariis zu verstehen, nicht von den extraordinariis. Nemlich alles, was in dem ersten Buche, und in den 58 ersten Titeln des zweyten Buches steht, sind capitula ordinaria, was nachher folgt, capitula extraordinaria. Diese haben der Regel nach kein gesetzliches Ansehen. Wer ein capitulum extraordinarium für sich anführt, der muß beweisen, daß es besonders in den Gerichten angenommen sey. Dieß ist wenigstens die richtigere (* 10) Meynung, wiewohl Cujacius (* 11) und Finkelthaus (* 12) das Gegentheil behaupten.

(1) Eine ähnliche Tabelle giebt *Contius* lection. cap. 8. in oper. p. 30.

(2) Dieser Meynung sind *Strauch* de Irnerio non errante cap. 2. thes. 7 *Besold* diss. de libr. iur. cap. 4. *Berlich* p. 2. dec. 257. n. 44. *Leyser* spec. 5. med. 5. coroll. 1. Tom. I. pag. 48. *Cramer* obs. iur. univ. T. 4. obs. 1043. p. 96. *Stryk* ad *Lauterbach.* prolegom. verb. *conveniunt.*

(3) Dieß behaupten *Lauterbach* in coll. theor. pract. prolegom. §. 5. ibique allegati. *Mauritius* de libr. iur. comm. opusc. p. 81. *Bach* histor. iurispr. p. 606. *Brunnquell* hist. iur. p. 270. *Silberrad* ad *Heineccium* §. 419. not. 8.

(4) *Seger* diss. de novellis Leonis und vorzüglich *Zepernik* am a. O. S. 403. haben dieß sehr gründlich ausgeführt.

(5) *Lauterbach* coll. theor. pr. prolegom. §. 5. *Richter* decis. P. 1. dec. 37. n. 48. *Zepernik* S. 527.

(6) Ein Verzeichniß derselben findet man in der alten Ausgabe von *Hoffmanns* hist. iur. pag. 327. in *Pagenstecher* ficiliment. ad compend. *Lauterbach.* manip. 4. p. 17. und bey andern.

(7) Gothofr. Ludov. *Menken* diss. de novellarum glossatarum et non glossatarum auctoritate iuris. Lips. 1707.

(8) Am a. O. S. 525.

(9) *Silberrad* ad Heinecc. lib. 1. §. 419. pag. 611.

(10) *Hunnius* de interpr. et auctor. iur. L. 2. C. 8. Quaest. 2. *Struv* Synt. iur. feud. C. 1. § 7. n. 10. *Silberrad* l. c. lib. 1. §. 420. not. s. p. 624. *Reinharth* ad Christ. vol. 1. obs. 61. *Moelier* distinct. feudal. C. 1. dist. 3. p. 23. edit. novissi.

(11) Ad II. feud. 73.

(12) *Disp.* feud. 1. controv. 16.

§. 16. Was ist Rechtens, wann sich die Theile des römischen Gesetzbuches widersprechen?

Die zweyte Frage war: wann sich die Verordnungen des corporis iuris widerspcechen, welche hat den Vorzug? Die allgemeine Regel ist: das neuere Gesetz wird dem älteren vorgezogen, lex posterior derogat priori Daraus folgt I. daß die Novellen, als die allerneuesten Gesetze allen übrigen Verordnungen und Büchern vorgehen; sie gehen dem Codex, den Pandecten und Institutionen vor. Man sehe die chronologische Tabelle bey dem vorigen Paragraph. II. Der Codex derogirt den Institutionen und Pandecten; dann er ist jünger als diese, wie die eben angeführte Tabelle zeigt. Uebrigens sind doch nicht alle Juristen dieser Meynung; verschiedene leugnen, daß der Codex den Pandecten derogire, z. E. Giphanius, Hunnius (*1) Galvanus (*2) Franzkius (*3) Struv (*4). Allein ihre Argumente sind nicht überzeugend, auch ist der Streit grösstentheils Wortstreit. Man sehe, was Mauritius (*5) Lauterbach und Pagenstecher (*6) darüber geschrieben haben.

IV. Wie steht es aber, wann die Institutionen und Pandecten streiten? Die Pandecten sind eher geschrieben, die Institutionen eher publicirt: aber beyde haben auf denselben Tag gesetzliches Ansehen erhalten. Die Juristen sind daher sehr verschiedener Meynung (*7). Einige geben den Pandecten, andere den Institutionen den Vorzug. Unser Autor behauptet aber ganz recht, das man zwey verschiedene Fälle unterscheiden müsse. Der erste Fall ist: die Institutionen sind aus den Pandecten ausgeschrieben, und der Verfasser hat sich bey dem Excerpiren geirret, den Sinn der Pandecten nicht richtig in die Institutionen übergetragen. In diesem Fall gehen die Pandecten vor; dann das Original muß doch billig dem Excerpt vorgezogen werden, und wollte man die Institutionen vorziehen, so würde man einen Irrthum begünstigen. Unser Autor giebt einige Exempel. Nach der L. 7. §. 7. de adquirendo rerum dominio ist das Dreschen des Getraides keine Specification. (Man sehe unten §. 321.) Der §. 25. Inst. de rerum divis. ist ein Auszug aus jenem Gesetz. Weil aber die Verfasser der Institutionen die Schlußworte des Gesetzes nicht gelesen haben, so rechnen sie das Dreschen irrig zur Specification. Hier werden billig die Pandecten vorgezogen. Der zweyte Fall aber ist: Justinian hat in den Institutionen vorsetzlich eine Verordnung der Pandecten abgeändert. Wann das erhellet: so muß man die Institutionen vorziehen. Man würde sonst gegen den Willen des Gesetzgebers handeln. Z. E. vermöge der L. 23. §. 3. D. de rei vind. gehört, wann ich auf eines andern Tafel etwas mahle, das Gemälde dem Herrn der Tafel. Im §. 34. Inst. de rer. div. aber hat Justinian dieses aufgehoben,

hoben, und mir, dem Mahler, das Gemälde zugesprochen. Die Institutionen also haben den Vorzug. (*s)

(1) *Hubert. Giphan.* explanat. difficilior. LL. Cod. praefat. special. pag. 6. sqq. *Hunnius* de auctoritate & interpretatione iuris. Lib. 2. Cap. 2. Qu. 1.
(2) *Galvanus* de usufructu Cap. 31.
(3) *Franzkius* Comment. ad Pand. Prooem. n. 14. seqq.
(4) *Struv.* Exercit. 1. thes. 69.
(5) *Mauritius* de libris iuris communis thes. 14. in opusc. p. 79.
(6) *Lauterbach* Coneluss. forens. Exerc. 1. thes. 13. *Alex. Arn. Pagenstecher* benedict. collat. 6. pag. 74. sqq.
(7) Man sehe *Eyben* in observ. ad Instit. Prooem. obs. 3. in oper. p. 79.
(8) *Müller* ad *Struv* Exerc. 1. thes. 69. lit. ε) *Silberrad* ad Heinecc. §. 399. lit. α. p. 547. *Pagenstecher* l. c.

§. 17. Wie gilt das römische Recht in Teutschland?

Das römische Recht ist in unserm Vaterland angenommen und eingeführt. Die Frage ist nur: wie ist es angenommen? Man bemerke zwey Sätze: das römische Recht ist zwar im Ganzen *(in complexu)* angenommen, aber doch nur als ein Hülfsrecht *(in subsidium)*. 1) Es ist *in complexu* eingeführt, das heist: nicht etwa einige einzelne Bücher oder Gesetze des corp. iuris sind angenommen, sondern es ist ganz eingeführt; dergestalt, daß wenn jemand ein Gesetz daraus anführt, er wie die Praktiker sagen, fundatam intentionem hat, das ist: die Präsumtion streitet für ihn, daß dieses Gesetz in den Gerichten gelte, und zwar so lange bis sein Gegner das Gegentheil beweist; bis dieser nemlich zeigt, entweder daß dieses Gesetz auf die heutige Verfassung nicht passe, oder daß ein contrares deutsches Gesetz über diesen Fall vorhanden sey. Dann das römische Recht ist 2) nur als ein Hülfsrecht eingeführt, nur in den Fällen, wo wir keine deutsche Gesetze oder Gewohnheiten haben. Ist also in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutsches Reichsgesetz oder eine allgemeine deutsche Gewohnheit vorhanden: so kann das römische Recht nicht angewandt werden (*t).

(1) Eine der neuesten und besten Schriften von dieser Materie ist Adolph Dietr. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. Schwerin 1782. 8.

Lib. I. Tit. I.

De Iustitia et Iure.

§. 18. Bedeutungen des Worts ius.

Das Wort ius hat in der römischen Sprache, so wie das deutsche Wort Recht vielerley Bedeutungen. Es bedeutet 1) zuweilen die Gerichtsstätte, wo der Prätor Recht sprach. Diese Bedeutung hat es in der bekannten Redensart: ambula mecum in ius, folge mir vor das Tribunal des Prätors. 2) Bedeutet es die Rechtsgelehrsamkeit. So sagt man z. E. er studiret ius, ein studiosus iuris. 3) Versteht man darunter ein moralisches Vermögen, eine Befugniß. Z. E. man sagt jemand habe das Recht zu jagen, das heist das moralische Vermögen, die Befugniß dazu. 4) Bedeutet das Wort ius ein Gesetz. Man sagt z. E. das ius romanum schreibt vor, daß man bey Errichtung eines solennen Testaments sieben Zeugen zuziehe. Endlich heist auch 5) ius so viel, als ein Inbegriff mehrerer Gesetze von einerley Art. Z. E. die römische Gesetze zusammen machen das ius romanum, die natürliche Gesetze das ius naturae, die canonische das ius canonicum, aus u. s. w. In dieser letzten Bedeutung wird das Wort im folgenden Titel genommen werden.

§. 19. Was ist Verbindlichkeit und Gesetz?

Ius bedeutet unter andern ein Gesetz. Was ist also das Gesetz?

1) Jeder, wer die menschliche Handlungen auch nur ganz flüchtig betrachtet, muß bemerken daß sie sehr verschiedene Wirkungen, oder Folgen haben. Einige haben gute Folgen für den Handelnden, andere aber schlimme. Einige machen den Handelnden glücklich, sind ihm vortheilhaft, geben ihm ein wahres dauerhaftes Vergnügen; andere thun das Gegentheil von diesem allem. Nun hat jeder Mensch den Trieb glückselig zu seyn. Wer also wie ein Vernünftiger, nicht wie ein Thor, nicht im Widerspruch mit sich selbst leben will, muß die Handlungen thun, welche ihn glücklich machen, diejenige unterlassen, welche das Gegentheil bewirken. Dieses muß, diese **Nothwendigkeit** zu handeln, heist eine **moralische Nothwendigkeit**, heist **Verbindlichkeit**.

2) Enunciirt man die Verbindlichkeit, das ist man sagt, dieser Mensch ist zu dieser Handlung verbunden, so heist dieser Satz ein Gesetz in **allgemeiner Bedeutung**.

3) Wenn ein Mensch mir vorgesetzt ist, der das Recht hat meine Handlungen zu dirigiren, mir vorzuschreiben was ich thun und lassen soll, so heist er mein **Oberherr**, *superior*, ich sein **Untergebener**, *subditus*.

4) Ge-

4) Gesetzt ein solcher Oberherr schreibt nun seinen Untergebnen etwas vor, welches sie thun, oder lassen sollen, sie sind also in die moralische Nothwendigkeit gesetzt, es zu thun oder zu unterlassen. Jetzt ist ein Gesetz in eigentlicher, engerer oder juristischer Bedeutung vorhanden.

§. 20. Die Verbindlichkeit ist entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die Verbindlichkeiten sind von sehr verschiedener Natur. Ein Mensch hat Verbindlichkeiten die sich unmittelbar auf das höchste Wesen, andre die sich auf ihn selbst, noch andere die sich auf seinen Nebenmenschen beziehen. Die letzten sind von zweyerley Art: Wenn ich meinem Mitmenschen zu etwas verbunden bin, so hat er entweder das Recht mich mit Gewalt zur Erfüllung meiner Schuldigkeit zu zwingen, oder nicht. In jenem Fall ist eine vollkommene Verbindlichkeit, Zwangspflicht, *obligatio perfecta*, im letzten eine unvollkommene, eine Liebespflicht, *obligatio imperfecta* vorhanden. Z. E. die Verbindlichkeiten andre nicht zu bestehlen, zu verwunden, zu tödten, seine Verträge zu halten sind vollkommne, hingegen die Verbindlichkeit einem Armen Almosen zu geben, einem Verirrten den Weg zu zeigen, ist unvollkommen. Ein Gesetz, welches eine vollkommne Verbindlichkeit ausdrückt, heist daher auch *lex perfecta*, das welches nur eine unvollkommene enunciirt, *imperfecta*.

§. 21. Was ist eine Befugniß, und wie vielerley?

Das Wort ius bedeutet auch eine Befugniß, ein moralisches Vermögen. Nemlich Vermögen *(facultas)* ist die Möglichkeit was zu thun. Diese Möglichkeit bezieht sich entweder auf meine Leibes- und Seelenkräfte, oder auf die moralische Gesetze. Wenn mir meine Kräfte erlauben etwas zu thun, so besitze ich physisches Vermögen, (facultatem physicam); verstatten es aber die moralische Gesetze, die Gesetze, welche den freyen Handlungen vorgeschrieben sind, so habe ich das moralische Vermögen, (facultatem moralem). Z. E. zum Diebstahl, Raub, Todtschlag kann ich physisches Vermögen haben, aber das moralische fehlt mir. Hingegen zur Ausübung der hohen Jagd kann ich moralisches Vermögen, Befugniß haben, und das physische Vermögen ist nicht da, weil es an grossem Wilde fehlt.

So wie die Verbindlichkeit und das Gesetz in vollkommne und unvollkommne eingetheilt werden, so ist auch das ius entweder *perfectum* oder *imperfectum*. Perfectum heist das, welches mit der Befugniß den andern zu zwingen verbunden ist, imperfectum, bey welchem diese Befugniß fehlt. So hat jeder Mensch ein ius perfectum gegen andre, daß sie ihn nicht bestehlen, verwunden, tödten, denn er darf sie mit Gewalt davon abhalten. Ein jeder hat ein ius perfectum auf das, was ihm ein anderer durch Verträge versprochen

sprochen hat, denn er darf ihn dazu zwingen. Hingegen der Arme hat nur ein unvollkommnes Recht auf die Almosen, der Verirrte nur ein unvollkommnes Recht, von mir die Anweisung des Weges zu fordern, weil keiner mich dazu zwingen kann.

§. 22. Was die Rechtsgelehrsamkeit ist.

Ius bedeutet weiter die **Jurisprudenz** oder **Rechtswissenschaft, Rechtsgelehrsamkeit.** Von dieser werden zwey Erklärungen in diesem Abschnitt gegeben, eine legalische, und eine neue bessere. Die legalische Definition heist: iurisprudentia est rerum divinarum et humanarum notitia, iusti iniustique scientia. Man erklärt diese Definition auf gar verschiedene Art; die richtigste Erklärung ist wohl folgende. Ein römischer Jurist mußte das *ius feciale*, *pontificium* und *augurale* verstehen, diese sind *iura divina*, **geistliche Rechte.** Er mußte auch das ius civile wissen, welches ein ius humanum **weltliches Recht** ist. Daher sagen die römischen Juristen die Rechtswissenschaft sey eine Notiz **göttlicher** und **menschlicher** Dinge. Die Fecialen waren zwanzig Priester, bestellt, fremden Nationen den Krieg anzukündigen, Friedensschlüsse und Bündnisse feyerlich zu bestätigen, die Gerechtigkeit eines anzufangenden Kriegs, wenigstens zum Schein zu untersuchen und dgl. Die Pontifices aber waren Aufseher über den Gottesdienst, Superintendenten und Consistorialräthe nach unsrer Art zu reden. Sie machten Verordnungen über geistliche Gegenstände, geistliche Sachen, und geistliche Personen; veranstalteten Feyertäge, besorgten das Calenderwesen u. s. w. *Augures* endlich waren Personen, welche aus dem Flug der Vögel und den Luftphänomenen zukünftige Dinge weissagten.

Deutlicher und richtiger definiret man die Jurisprudenz, wenn man sagt: **sie sey eine Wissenschaft der Gesetze, verbunden mit der Fertigkeit sie auf vorkommende Fälle anzuwenden.** Zwey Stücke gehören also zu einem vollkommenen Juristen: 1) Wissenschaft der Gesetze, 2) Fertigkeit sie anzuwenden. Jenes heist die **Theorie** oder der theoretische Theil der Jurisprudenz. In der Anwendung der Gesetze aber besteht die **Praxis** oder **der practische Theil** der Rechtswissenschaft.

(1) *Huber* Evnom. Lib. 1. pag. 19. Ev. *Otto* ad §. 1. I. h. t. *Aug. Fridr. Schott* diss. ad tit. Pand. de iustit. et iure §. 2.

§. 23. Unterschied des Rechtsgelehrten vom Legulejus, Rabulisten und Empiriker.

Ein Jurist soll die Gesetze wissen, er soll sie also nicht blos auswendig hersagen können, sondern ihren Sinn, ihren Geist, ihre Ursachen verstehen. Wer blos die Worte weiß, ohne gründliche Kenntniß der Gesetze, heist *leguleius*. Wer die Gesetze aus Bosheit oder aus Unwissenheit unrichtig anwendet,

det, heist ein **Rabulist**, und wer sich durch praktische Uebungen, als Advokat, Beamter, u. s. w. nach und nach einige Kenntniß von den Gesetzen erworben hat, aber keine gründliche Theorie besitzt, wird ein **Empiriker** genennt.

§. 24. Von der Erklärung der Gesetze.

Wer eine Wissenschaft der Gesetze haben will, muß auch die dunkle Gesetze zu erklären im Stande seyn. Denn so lange mir ein Gesetz dunkel ist, habe ich keine Wissenschaft, keine gründliche Kenntniß desselben. Dieses giebt uns Gelegenheit, die Lehre von der **Interpretation** der Gesetze kürzlich zu betrachten. Sie ist von mancherley Art. 1) Wird sie in die theoretische und practische eingetheilt. Jene geschieht blos zu dem Ende um allgemeine Wahrheiten herauszubringen, von einem Rechtsgelehrten, welcher die Jurisprudenz mündlich oder schriftlich vorträgt. Diese aber geschieht in Streitfällen um zu bestimmen, wer von den streitenden Theilen Recht oder Unrecht habe; von Advokaten, Richtern, oder Juristen, welche ein rechtliches Gutachten ertheilen.

2) Die Interpretation ist entweder eine **authentische** oder **doctrinale**. Wenn der Landesherr, welcher befugt ist, neue Gesetze zu machen, ein von ihm oder seinen Vorfahren gegebenes Gesetz erklärt, so heist seine Erklärung eine authentische; jede Interpretation hingegen, welche ein anderer macht, heist eine doctrinale. Zuweilen wird eine von Richtern, Partheyen, Anwälden, Rechtsgelehrten gemachte Erklärung im ganzen Staate oder einzelnen Districten angenommen, daß man sich danach richtet, und nicht mehr davon abgeht. Jetzt heist sie eine **Usualerklärung**, *interpretatio usualis*. Wenn z. E. die Halsgerichtsordnung Carls V. art. 160. sagt: So aber der Diebstahl groß und fünf Gülden oder drüber werth wäre ꝛc. so erklärt der Gerichtsbrauch das Wort Gülden durch Ducaten. Diese Erklärung ist also eine usualis interpretatio.

Man theilt 3) die Erklärung in die **grammatische** und **logische** ein. Die grammatische beschäftigt sich blos mit den Worten des Gesetzes. Wenn in dem Gesetz unverständliche Worte vorkommen, so giebt sie deren Bedeutung an; wenn die Worte durch die Abschreiber verdorben worden sind, so verbessert sie solche; setzt das ausgelassene zu, streicht unächte Zusätze weg, ändert das unrichtige ꝛc. Man nennt die Wissenschaft, die sich mit der grammatischen Auslegung der Gesetze beschäfftiget, **die juristische Critik**, und den Theil der Jurisprudenz, der sich mit der Erklärung der römischen Gesetze abgiebt, römische Geschichte und Alterthümer, lateinische und griechische Sprache zu diesem Endzweck zu Hülfe nimmt, **die elegante Jurisprudenz**.

§ 25. Die logische Erklärung ist dreyerley.

Die logische Erklärung bestimmt den Sinn des Gesetzes, vermittelst seines Beweggrundes. Man untersucht den Beweggrund des Gesetzes, und daraus bestimmt man dessen Ausdehnung, ob es auf einen gewissen Fall passe oder nicht passe. Wenn man nemlich den Grund des Gesetzes erforscht hat: so findet man zuweilen 1) daß dieser sich weiter erstreckt als die Worte, daß der Gesetzgeber allgemeiner hätte reden sollen, als er gethan hat. Man dehnt daher das Gesetz aus; behauptet daß es auf diesen Fall passe, weil seine Raison darauf passet, obgleich der Fall in den Worten nicht begriffen ist, und dieses ist die **ausdehnende Erklärung**, *interpretatio extensiva.* Z. E. Justinian erlaubt in der 115 Novelle einem Vater seine Kinder zu enterben, wenn sie ihm Realinjurien zugefügt haben. Der Grund ist die grobe Pflichtvergessenheit der Kinder, welche Strafe verdient. Dieser Grund paßt auch auf den Fall, wenn ein Kind seinen Vater vorsetzlich verwundet. Hier ist eine noch grössere Pflichtvergessenheit. Man wendet daher das Gesetz auch auf diesen Fall an; man dehnt es auf diesen Fall aus, obgleich die Worte nicht darauf passen; man erklärt es extensive. Der Grund dieser Auslegung ist die Regel: **Wo die Raison des Gesetzes statt findet, da hat auch dessen Verordnung statt,** (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio legis.)

Hingegen findet sichs auch 2) oft, daß die Worte des Gesetzes sich weiter erstrecken als dessen Raison; daß sich der Gesetzgeber zu allgemein ausgedrückt hat, daß also das Gesetz billig eingeschränkt werden muß. Schränkt man es in diesem Falle ein, so sagt man, es sey restrictive erklärt. Z. E. der 125. Art. der Halsgerichtsordnung sagt: **Die boshaftige Brenner sollen mit dem Feuer vom Leben zum Tod gerichtet werden.** Der Grund dieser harten Strafe ist, weil ein solcher Brenner ein ganzes Dorf, eine ganze Stadt in die Gefahr abzubrennen, und so viele Menschen in den Fall setzt, Leben und Vermögen zu verlieren. Dieser Grund fällt weg, wenn jemand ein einsam auf dem Felde stehendes Haus anzündet. Man wendet daher das Gesetz auf diesen nicht an, schränkt es so weit ein, als dessen Raison es erfordert, erklärt es restrictive. Sie gründet sich auf die Regel: **Wo die Raison des Gesetzes wegfällt, da fällt auch das Gesetz weg,** (cessante ratione legis, cessat lex ipsa.)

Endlich findet man zuweilen 3) im Grunde des Gesetzes weder Ursache es einzuschränken, noch es auszudehnen. Man bleibt also gerade bey den Worten stehen. Viele z. E. wollen die Ehegesetze 3. Buch Mos. 18. auf mehr Personen ausdehnen, als dort ausdrücklich genennt sind; andere haben sie auf den unehlichen Beyschlaf einschränken wollen. Beydes geschieht ohne Grund. Man sage also: diese Gesetze gehen auf alle Arten des Beyschlafs, aber nur

auf die ausdrücklich benennte Personen; man erkläre diese Gesetze declaratiue. Die L. 6. §. 4. D. de bonis quae lib. welche den Kindern eine stillschweigende Hypothek auf die Güter von mütterlicher Herkunft giebt, wird von einigen zu sehr, nemlich auf die mütterliche Braurgabe eingeschränkt; von andern zu weit, auf alle *aduentitia* nemlich, ausgedehnt, da sie doch declaratiue hätte erklärt werden sollen. Die juristische Auslegungskunst hat niemand besser abgehandelt, als Christ. Henr. Eckhard in hermenevtica iuris. len. 1750. 8. davon eine neue Ausgabe mit Carl Friedr. Walchs Anmerkungen zu Leipzig im Jahr 1779. 8. herausgekommen ist.

§. 26. Von der Anwendung des Gesetzes.

Die Anwendung des Gesetzes geschieht auf mancherley Art. Man wendet entweder ein Gesetz auf vergangene, oder auf künftige Geschäfte an. Auf künftige geschieht es *cauendo*, wenn man einen, welcher ein rechtliches Geschäft vornehmen, einen Contract, ein Testament errichten will, unterrichtet, wie er es einzurichten habe, daß es gültig, und ihm vortheilhaft sey. Man nennt die Regeln, die bey einem zu schliessenden Geschäfte zu beobachten sind, juristische Cautelen, und den Theil der Rechtswissenschaft, der sich damit abgiebt, die Cautelar-Jurisprudenz, *iurisprudentiam hevrematicam*. Wann z. E. die Zeugen zu einem Kranken gerufen werden, der ein Testament errichten will, so ist es eine Cautel, daß sie vor dem Testamentsactus sich mit ihm in ein Gespräch einlassen, um zu hören, ob er noch bey Verstand sey. Wer einen Pachtcontract schließt, thut wohl, wenn er über den Nachlaß des Pachtgeldes wegen Mißwachs und anderer Unglücksfälle ausdrückliche Verabredungen nimmt. Wer einen Verkauf schließt, handelt zuweilen klug, wenn er sich das Eigenthum der verkauften Sache bis zu erhaltenem Kaufgelde vorbehält. Stryk in seinen drey Werken: Cautelae contractuum, Cautelae iuramentorum und Cautelae testamentorum, und Justus Claproth in seiner Iurisprudentia hevrematica (Göttingen 1762. und 1773.) sind in diesem Fache die vorzüglichste Schriftsteller.

Wer aber die Gesetze auf eine vergangene Handlung anwendet, der ist entweder 1) ein Richter, welcher einen Streitfall entscheiden soll; oder 2) ein streitender Theil, der sein eigenes oder eines andern Recht im Gericht vertheidigt; oder 3) er ist ein Rechtsgelehrter, den man in zweifelhaften Fällen um Rath fragt. Der erste wendet die Gesetze *iudicando*, der andere *agendo*, der dritte *respondendo* an.

§. 27. Was ist die Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit ist die Uebereinstimmung der Handlungen mit den Zwangsgesetzen. Gerecht heist also der, dessen Handlungen den Zwangs-

gesetzen gemäß sind; ungerecht, dessen Handlungen diesen Zwangsgesetzen widersprechen. Ich sage mit den Zwangsgesetzen, wer diesen gemäß handelt, ist nach dem gemeinen Redebrauch nicht ungerecht, ob er gleich die Pflichten gegen Gott, sich selbst und die Liebespflichten gegen seinen Mitmenschen nicht erfüllt. Alle diese Pflichten liegen ganz ausser dem Gebiete der eigentlichen Gerechtigkeit, der *iustitiae forensis*, wie sie einige nennen. Es ist also irrig, wenn man mit Grotius (*1) die Justiz in expletricem und attributricem eintheilt, und sagt iustitiam expletricem übe der aus, welcher die Zwangspflichten erfüllt, attributricem wer die unvollkommene ausübt.(*2)

Die Justiz wird der Zweck des Rechts genennt, das heist, der Zweck der Rechtsgelehrsamkeit ist die Handhabung der Gerechtigkeit; die Bestimmung des Rechtsgelehrten ist zu wissen, was Recht und Unrecht ist, und seinen Mitbürgern zu ihrem Recht zu verhelfen. Daher nennen sich die Rechtsgelehrte **Priester der Gerechtigkeit, Priester der Themis**, als der Gerechtigkeit Schutzgöttin; daher kommt es auch ohne Zweifel, daß der erste Titel sowohl in den Institutionen als Pandecten de iustitia et iure handelt. Denn man hielt es für nöthig, den Schüler der Rechtsgelehrsamkeit vor allen Dingen vom allgemeinen Zweck seiner Wissenschaft zu unterrichten.

Die alte Juristen nennten sich übrigens, wie unser Autor glaubt, aus dem Grunde Priester der Gerechtigkeit, weil sich die Stoische Philosophen **Priester der Tugend** nennten, und die Rechtsgelehrten sich grösstentheils zur Stoischen Secte bekannten. Von Cujacius Zeiten an war dieses die herrschende Meynung, die alte römische Rechtsgelehrte seyen Stoiker gewesen, in unserm römischen Gesetzbuche kämen daher viele Spuren von Stoischen Grundsätzen vor. Gravina (*3) und Eckhard (*4) haben diese angebliche Stoicismen vollständig gesammelt. Aber Paganinus Gaudentius, (*5) Mascov in seinen Noten zu Gravina, (*6) Bach (*7) und Püttmann (*8) haben diese Meynung mit Recht bestritten. Hier und da möchte wohl ein Satz der römischen Rechtsgelehrten seinen Grund in der Stoischen Philosophie haben. Aber dieser Stoicismen sind bey weitem so viele nicht, als man sich vormals eingebildet hat, und von vielen alten Juristen wird es zwar behauptet, aber von wenigen erwiesen, daß sie Stoiker gewesen seyen.

(1) *Hugo Grot.* de iure bell. et pac. lib. I. cap. I. §. 8.
(2) *Henr. Cocceii* ad *Grot.* l. c.
(3) *Gravina* de ortu et progressu iuris civil. lib. I. c. 44.
(4) *Eckhard* Hermenevt. iuris. lib. I. c. 4.
(5) *Gaudentius* de philosophia apud romanos. c. 43.
(6) *Gravina* l. c. ex edit. Mascov. p. 45. seqq.
(7) Bach in der unpartheyischen Critik über juristische Schriften. 2 Th. 15. u. f. f. Seite.

(8) *Pütt.*

(8) *Püttmann* probabil. lib. 1. cap. 21. pag. 147. Ganz neuerlich hat auch *Philippus Caulinus* in progymnasm. de veterum Ictorum philosophia ad l. 10. §. 2. de iust. et iur. cap. 3. (Neapol. 1779.) weitläuftig dagegen geschrieben.

§. 28. Fortsetzung.

Weil die Handlungen des Menschen von gedoppelter Art sind, äussere und innere, so giebt es eine zweyfache Gerechtigkeit, die äusserliche und innerliche. Aeusserliche Handlungen nemlich heißen, welche in die Sinne fallen, gesehen, gehört u. s. w. werden; innerliche, die blos in unsrer Seele vorgehen, Gedanken, Empfindungen. Wenn meine äusserliche Handlungen den Gesetzen gemäs sind, so bin ich äusserlich gerecht; wenn aber meine innere Handlungen, die Gedanken und Neigungen meiner Seele mit den Gesetzen übereinstimmen, so habe ich die innerliche Gerechtigkeit. Man sieht leicht, daß jemand äusserlich gerecht seyn kann, aus Furcht vor der Strafe, dessen innere Gesinnungen nichts weniger als den Gesetzen gemäs sind. Die alten Juristen erklären die Gerechtigkeit, daß sie eine constans ac perpetua voluntas sey, ius suum cuique tribuendi. Man hat gegen diese legalische Definition (*1) mit Grund eingewendet, daß sie unrichtig, und den Juristen unbrauchbar sey (*2). Sie ist keine Definition der Justiz überhaupt, sondern nur einer Gattung derselben und zwar gerade derjenigen Gattung, die der Zweck des Juristen nicht ist. Wer nemlich den festen und beständigen Willen hat, jedem das seinige zu leisten, der übt nicht blos die äussere, sondern auch die innere Gerechtigkeit aus. Der Zweck des Juristen aber ist allein die Handhabung der äusserlichen Justiz; um die Gesinnungen und Neigungen des Herzens bekümmert er sich nicht. diese überläßt er dem Moralisten und Theologen. Niemand wird wegen eines blosen ungerechten Gedankens, wegen einer unerlaubten Neigung in menschlichen Gerichten bestraft, wenn dieser Gedanke, diese Neigung gar nicht in äusserliche Handlungen ausgebrochen ist.

(1) Legalische Definitionen heißen die, welche in unserm römischen Gesetzbuche, nemlich im Text der Institutionen oder Pandecten enthalten sind.
(2) Man sehe *Gebauer* diss. de iustitia et iure. §. 4.

§. 29. Von den drey praeceptis iuris.

Alle Gesetze lassen sich nach der Meynung der alten Juristen auf drey allgemeine Regeln reduciren, die man die drey praecepta iuris nennt. Sie sind *honeste vive*, beobachte die Pflichten gegen Gott, gegen dich, und die Liebespflichten gegen andre; *neminem laede*, entziehe andern nichts von dem, was sie besitzen; *suum cuique tribue*, gieb und thue auch jedem das, was du ihm zu geben oder zu thun vollkommen verbunden bist.

Tit. II.

De iure naturae, gentium et ciuili.

§. 30. Eintheilungen des Rechts nach römischen Begriffen.

Die römische Juristen theilen das Recht auf folgende Weise ein. Sie sagen: ius vel *publicum* est vel *priuatum*; priuatum aut *naturale*, aut *gentium*, aut *ciuile*. Ius *publicum* definiren sie, quod ad statum publicum spectat, das die Staatsverfassung betrifft; *priuatum*, quod ad singulorum utilitatem, das nur auf den Vortheil der einzelen Bürger abzweckt. *Ius naturae* ist ihnen ein ius, quod natura omnia animalia docuit, die natürliche Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Daher sagen sie, die Ehe und Erziehung der Kinder sey im Naturrecht gegründet, weil die vernunftlose Thiere auch ihr Geschlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen. Ius gentium nennen sie die Gesetze, die nicht etwa bey einer Nation allein, sondern bey allen gesitteten Völkern gelten. Sie rechnen dahin die Gesetze: ehre die Götter, liebe die Eltern, gegen einen ungerechten Angriff ist Vertheidigung erlaubt. Im Völkerrecht, sagen sie ferner, gründen sich die Sklaverey, die Manumissionen, das Eigenthum, die Verträge, die Staaten. Endlich ius *ciuile* heist bey den römischen Juristen das Recht, welches in einem einzelen Staate gilt, was wir **positives, willkührliches Recht** nennen.

§. 31. Nach heutigen.

Heutiges Tages theilt man das Recht anders ein, (s. die 4. Tabelle) und unsere Eintheilungen sind den logischen Regeln einer guten Eintheilung gemässer, als die römische. Man kann nemlich Rücksicht nehmen 1) auf den **Grund und Ursprung** des Rechtes, 2) auf dessen **Gegenstand**, 3) auf die verschiedene **Promulgationsart**. Sieht man auf den Ursprung und Grund des Rechts, so ist es entweder **Natur-** oder **Positivrecht**. Naturrecht heist das, welches aus der Natur der Dinge hergeleitet wird. Man formirt sich einen Begriff vom Menschen, von einem Vertrage, Eigenthum, Kriege, Staat, Volk ꝛc. Aus diesem Begriff schliest man, was der Mensch für Rechte und Verbindlichkeiten habe, was bey den Verträgen, dem Eigenthum u. s. w. Rechtens sey. Dieses giebt das Naturrecht. **Positives** oder **willkührliches Recht** aber ist, was sich auf den Willen eines Gesetzgebers gründet, und in der Natur der Dinge keinen Grund hat. Dahin gehört das Gesetz; daß die Ehe die priesterliche Trauung erfordert, daß sie auf Lebenslang eingegangen werden muß, daß sie nicht mit beyderseitiger Einwilligung aufgehoben werden, daß eine Weibsperson sich nicht gültig verbürgen kann. Dieses alles sind positive, keine natürliche Gesetze.

Das Naturrecht ist entweder in eigentlichem Verstande Naturrecht, oder Völkerrecht. Wenn man sich nemlich zwey freye Völker denkt, und aus dem Begriff eines Volks schliest, was eine Nation gegen die andern für Rechte und Verbindlichkeiten habe: so erhält man das Völkerrecht. Betrachtet man aber den einzelnen Menschen, oder Menschen in Gesellschaften, und untersucht, was ihnen für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten zukommen: so bekommt man das eigentliche Naturrecht.

Was ist aber ius ciuile? Dies Wort hat mancherley Bedeutungen. Es bezeichnet 1) oftmals jedes Positivrecht; oft auch 2) das römische Recht. Dann weil man dieses als das vorzüglichste Positivrecht ansah, so nennte man es schlechtweg das bürgerliche Recht, so wie man Rom, als die vornehmste Stadt, schlechtweg die Stadt nannte. Zuweilen aber bedeutet es 3) dasjenige römische Recht, welches nicht aus den Edicten der Prätoren (§. 51.) entstanden ist. Die Römer distinguiren nemlich sehr oft zwischen ius ciuile und praetorium. Nicht selten bedeutet 4) ius ciuile das weltliche Recht und wird dem canonischen entgegengesetzt, man sagt z. E. doctor iuris ciuilis et canonici. Zuweilen ist 5) ius ciuile das Recht, welches von erlaubten Handlungen und nicht von Verbrechen handelt, im Gegensatz gegen das peinliche Recht; und endlich 6) wird das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entstanden war, bey den Römern ius ciuile genannt. Man sehe unten §. 36.

§. 32. Eintheilung des Positivrechtes.

Das Positivrecht ist entweder göttlich, oder menschlich. Das göttliche gründet sich in dem Willen Gottes, und ist in der Bibel enthalten; das menschliche in dem Gutdünken eines menschlichen Gesetzgebers. Das göttliche wird in das allgemeine und besondere eingetheilt. Besonderes heist das, was den Juden gegeben ist, und nur diese verbindet; allgemeines aber, was alle Menschen verpflichtet. Man rechnet dahin das Gebot: Wer Menschenblut vergiest, dessen Blut soll wieder durch Menschen vergossen werden; du sollst den Sabbath heiligen; die Ehegesetze 3. Buch Mos. 18. und 20. das Gesetz, daß der Mann des Weibes Herr seyn solle u. s. w. Ob es aber ein solches allgemeines willkührliches göttliches Gesetz gebe, ist eine Frage, die in vorigen Zeiten viel Streit veranlaßt hat. Daß es göttliche Gesetze gebe, wird nicht bestritten; daß auch darunter willkührliche sind, ist ausser Zweifel, z. E. das Gesetz der Beschneidung. Ob es aber göttliche, willkührliche, allgemeine Gesetze gebe, das heist göttliche willkührliche Gesetze, die alle Menschen zu allen Zeiten verpflichten, ist bestritten, und heutiges Tages glaubt wohl niemand mehr an deren Wirklichkeit. Wer sich von dem ganzen,

jetzt

jetzt nicht mehr interessanten Streit näher unterrichten will, darf nur Hannesens und Meisters Schriften (*[1]) von dieser Materie nachschlagen.

(1) *Ioh. Andr. Hannesen* de non existentia legum diuinarum positiuarum vniuersalium. Goett. 1744 8. in opusculis pag. 57. seqq. *Christ. Fridr. Georg. Meister* diss. num ius diuinum detur positiuum vniuersale. Goett. 1742. in eiusd. Exercit. iurid. var. arg. Fascic. I. pag. 25. seqq.

§. 33. Vom Staats- und Privatrechte.

Dem Gegenstande nach ist das Recht entweder Staats- oder Privatrecht. Das Staatsrecht lehret die Rechte und Verbindlichkeiten die ein Landesregent als Regent hat. Also nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten gehören dahin; nicht die, so er als Mensch, oder als Bürger hat; sondern nur diejenige, welche ihm als Landesherrn zukommen. Wenn ein Regent z. E. einen Miethcontract, Tausch, Kauf schliest: so ist er verbunden, ihn zu halten, und hat auch das Recht dessen Festhaltung zu verlangen. Aber jene Verbindlichkeit und dieses Recht gehören nicht in das Staatsrecht; denn sie stehen jedem Menschen und jedem Bürger eben sowohl als dem Regenten zu, wenn sie einen solchen Contract eingehen. Hingegen die Verbindlichkeit, den Bürger bey seinem Eigenthum zu schützen, Gesetze zu geben und zu vollstrecken, das Recht Abgaben zu fordern, vom Unterthan Gehorsam zu verlangen, zu strafen, Krieg zu führen ꝛc. sind Verbindlichkeiten und Rechte, welche der Landesherr als Landesherr hat. Sie sind also ein Gegenstand des Staatsrechtes.

Das Privatrecht enthält die Rechte und Verbindlichkeiten, welche jeder Bürger als Bürger, er sey Regent oder Unterthan, im Staate hat; oder die Rechte und Verbindlichkeiten, die nicht in der bürgerlichen Unterwürfigkeit (subiectione ciuili) ihren Grund haben. Dergleichen sind die vorhin angeführte Rechte und Verbindlichkeiten, die aus Kauf- Tausch- Miethcontracten, und dergleichen entstehen.

Anmerkung. In den angeführten Gesetzen heist es, das Staats- und Privatrecht machten die beiden *positiones iuris*, das heist die beyde Gattungen des Rechts aus. Ob dieses übrigens aus der stoischen Terminologie hergenommen ist, wie unser Autor glaubt, ist eine Frage, die ich weder entscheiden kann, noch mag.

§. 34. Vom geschriebenen, und nicht geschriebenen Rechte.

Die verschiedene Weise, wie ein Recht verbindliche Kraft erhält, giebt eine dritte Eintheilung des Rechts. Nemlich ein Recht ist entweder ausdrücklich vom Gesetzgeber promulgirt, oder es ist eine Gewohnheit, die vom Gesetzgeber nur stillschweigends oder nur allgemein gebilliget worden ist. Jenes

heist

heist ius scriptum, dieses non scriptum. Unten §. 53. wird diese Eintheilung weit vollständiger erklärt werden.

Anmerkung. Die Juristen, auch schon die alte Römische (* 1), nehmen also die Worte: geschriebenes und nicht geschriebenes Recht, anders als sie der gemeine Redegebrauch nimmt. In der gemeinen Sprache heist geschriebenes Recht, was mit Buchstaben aufgezeichnet ist. Nach dem juristischen Redegebrauch aber kann ein Gesetz geschrieben heisen, das nie schriftlich verfaßt war, und ein anderes nicht geschrieben, wann es gleich schriftlich aufgezeichnet ist. Wann nemlich ein Landesherr einen Befehl nicht aufzeichnen, sondern nur mündlich verkündigen läßt, so heist er bey den Rechtsgelehrten ius scriptum; und wann eine rechtliche Gewohnheit gleich von einem Privatschriftsteller aufgezeichnet wird, so heist sie dennoch ius non scriptum. Der Sachsen- und Schwabenspiegel z. E. enthalten Gewohnheitsrechte, also ein ius non scriptum in juristischer, ein scriptum in gemeiner Bedeutung. Hingegen hatten die älteste deutsche Völker zwar vermuthlich promulgirte, also geschriebene Gesetze im juristischen Sinn; aber da sie nicht schreiben konnten, so waren auch ihre Gesetze nicht schriftlich aufgezeichnet, nicht ius scriptum nach dem gemeinen Sprachgebrauch.

(1) Anderer Meynung sind zwar *Gebauer* ord. instit. h. t. §. 7. sqq. und *Sturm* diss. de distinctione iuris scripti et non scripti antiquitati restituta (Ien. 1725.) §. 6. et 14. Allein man siehe §. 9. I. h. t. und L 32. D. de leg.

§. 35. Gattungen des geschriebenen, und nicht geschriebenen Rechtes.

Das ius scriptum hat im römischen Staate vier Gattungen, eben so viele das ius non scriptum. Die Gattungen des geschriebenen Rechtes sind 1) leges centuriatae; 2) plebiscita; 3) senatus consulta; 4) principum placita. Die Gattungen des nicht geschriebenen sind 1) edicta magistratuum; 2) responsa iurisconsultorum; 2) disputatio fori; 4) mores maiorum. Das Recht, welches aus den Gutachten der Rechtsgelehrten entstand, hieß ius ciuile (§. 31.) im engsten Verstande; weil nemlich, wie das angeführte Gesetz sagt, die übrige Gattungen des römischen Rechts ihre eigene Namen hatten, und jenes Recht nicht, so benennte man es nur mit dem allgemeinen Namen ius ciuile.

Anmerkung. Wir rechnen die edicta magistratuum und responsa prudentum zu dem ungeschriebenen Rechte; Justinian zählt sie im §. 3. h. t. zu dem geschriebenen. Er sagt: scriptum ius est lex, plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, *magistratuum edicta*, *responsa prudentum*. Ist dieses nicht ein Widerspruch? Nein. Die edicta und responsa können in gewisser Rücksicht zum geschriebenen Recht gezählt werden, und in anderer zum ungeschriebenen. Nemlich ursprünglich waren diese beyde

Rechtsgattungen ein ius non scriptum, ein Gewohnheitsrecht, das nicht ausdrücklich publicirt war. In den neuern Zeiten wurden sie zu einem geschriebenen Recht gemacht. Die Edicte der Magistratspersonen erhielten blos durch die Observanz ein gesetzliches Ansehen, waren also ius non scriptum. Als aber Kayser Hadrian das edictum perpetuum machen, und darin die edicta magistratuum sammeln ließ, dieses Werk auch förmlich promulgirte: da wurden die Edicte ein geschriebenes Recht. Eben so waren auch die Gutachten der Rechtsgelehrten Anfangs nur ein ungeschriebenes, ein Gewohnheitsrecht. Justinian aber ließ die Schriften der Rechtsgelehrten excerpiren, aus diesen Excerpten die Pandecten machen, und diese als ein Gesetzbuch publiciren; (§. 6.) dadurch bekamen die Lehrsätze der Rechtsgelehrten das Ansehen eines geschriebenen Rechts.

§. 36. Von den legibus centuriatis.

Die erste Gattung des geschriebenen Rechts ist also *lex centuriata*. Man bemerke 1) das römische Volk war in Patricier und plebem eingetheilt. Die Patricier waren ungefähr so viel, als unser Adel, plebs ungefähr, was unser Bürgerstand ist. In den Rechtsalterthümern werden diese Begriffe bestimmter und ausführlicher vorgetragen.

2) Ein Gesetz wurde von einer Magistratsperson in Vorschlag gebracht *(rogabatur lex.)* Der rogator legte es zuerst dem Senat vor; alsdann wurde es öffentlich ausgehängt (promulgabatur), damit es jeder Bürger lesen konnte. So blieb es per trinundinum, das heißt wenigstens 17 Tage lang hängen.

3) Nicht jeder Magistratus konnte leges centuriatas in Vorschlag bringen, sondern nur die drey höchste, die Dictatoren, die Consuln und Prätoren. Dictator war ein ausserordentlicher Staatsbedienter, der ernennt wurde, wenn die Gewalt der Consuln nicht hinlänglich schien, dem Staate aus einer dringenden Noth zu helfen; denn die Gewalt der Consuln war beschränkt, des Dictators seine aber ganz uneingeschränkt und despotisch. Man wählte ihn hauptsächlich alsdenn, wenn innere Unruhen oder grosse auswärtige Gefahren vorhanden waren. Dieser Dictator regierte aber nur höchstens sechs Monate lang. Die Consuln waren die höchste ordentliche Magistratspersonen. Ihrer waren zwey, die ein Jahrlang regierten, das Directorium in allen wichtigen Geschäften hatten, auch die Armee commandirten. Prätor endlich war der Staatsbediente, welcher die Jurisdiction, das heißt die Gerichtsbarkeit in Civilsachen ausübte, Stadtrichter, Justizpräsident nach modernen Ausdrücken.

4) Wann das Gesetz auf diese Weise ausgehängt war, so wurden *comitia*, das heißt eine Volksversammlung gehalten. Das Volk votirte, und billigte

billigte oder verwarf das Gesetz durch die meiste Stimmen. Weil das römische Volk in 6 Classen, und jede Classe in Centurien eingetheilt war, über leges centuriatas aber meistens centurienweise votirt wurde; so, daß jede Centurie ihr votum gemeinschaftlich ablegte; so bekamen diese Gesetze den Namen centuriatae.

5) So lang die Republik frey war, wurden dergleichen Gesetze in Menge gemacht. Auch noch unter August sind einige verfertigt worden, z. E. die berühmte leges Iulia und Papia Poppaea, Gesetze, wodurch August die rechtmäsige Ehen und die Bevölkerung zu befördern suchte. Kayser Tiberius aber nahm dem Volk die gesetzgebende Gewalt, und gab sie dem Senate; man sehe den §. 39.

§. 37. Von den Plebiscitis.

Die zweyte Gattung des geschriebenen Rechtes sind die plebiscita. Zuweilen kamen die Plebejer allein, ohne die Patricier zusammen, und votirten über neue Gesetze. Eine Verordnung, die in dergleichen Versammlungen bestättigt wurde, hieß *plebiscitum*. Sie ist also von einer lege centuriata darin unterschieden, 1) brachte sie ein Tribunus plebis in Vorschlag; 2) wurde sie nicht von dem ganzen Volk bestättigt, sondern nur von einem *Theil* desselben. Tribuni plebis nemlich waren obrigkeitliche Personen, die zum Schutz der Plebejer, um deren Rechte und Freyheiten gegen die Patricier zu vertheidigen, im Jahr 260. erwählt, und nach und nach so mächtig wurden, daß sie fast den ganzen Staat allein regierten. Weil übrigens die plebiscita nur von den Plebejern bestättigt waren, so wollten die Patricier sich ihnen durchaus nicht unterwerfen, und es mußten drey Gesetze, lex Horatia im Jahr 306, lex Publilia im Jahr 416, und lex Hortensia im Jahr 465. gemacht werden, die den Plebisciten die Kraft allgemein verbindlicher Gesetze beylegten, ehe die Patricier nachgaben. Unter Augusts Regierung haben die Plebisciten aufgehöret.

Anmerkung. In unserm römischen Gesetzbuche kommen viele Gesetze vor, die nichts anders, als plebiscita sind, lex Aquilia, Falcidia, Voconia, Cincia, Atilia, Scribonia u. s. w. Nicht wenige Schriftsteller, auch Heineccius in seiner Rechtsgeschichte, (* 1) glauben, die plebiscita hätten den Namen leges erst von der Zeit an erhalten, da man ihnen die Autorität allgemeiner Gesetze beygelegt hätte, aber ohne Grund. Bach (* 2) zeigt, daß sie diesen Namen gleich anfangs geführt haben.

(1) Lib. 1. §. 42.
(2) Hist. iurisprud. rom. p. 86.

§. 38. Von den Senatusconsulten.

Um sich von den senatusconsultis den richtigen Begriff zu machen, bemerke man: 1) der Senat war ein collegium von einigen hundert Personen, das unter der Direction der Consuln alle die Staatsgeschäfte besorgte, welche das Volk sich nicht vorbehalten, auch den Magistratspersonen nicht übertragen hatte. Nemlich einige Majestätsrechte übte das Volk selbst aus: die gesetzgebende Gewalt, das Recht Krieg und Friede zu beschliessen, und die Bestellung der obrigkeitlichen Personen. Andere hatten die magistratus auszuüben. Z. E. die Jurisdiction hatte der Prätor, die Policeyaufsicht hatten die Aedilen, die Schatzung des Volks die Censoren. Endlich hatte man auch dem Senat gewisse öffentliche Geschäfte überlassen. Die wichtigsten sind in der Note zum §. bemerkt: **Aufsicht über die öffentlichen Cassen; Gesandschaften**, der Senat schickte nemlich Gesandte an fremde Nationen, und gab fremden Gesandten Audienz; **Verwaltung der dem römischen Volk unterworfenen Provinzen; Bestrafung schwerer öffentlichen Verbrechen ausser Rom in Italien**, dann in Rom hatte der Senat mit diesem Gegenstand nichts zu thun; die **Triumphe**, ein Feldherr mußte diese Ehre vom Senat erbitten; **Comitien**, das ganze Volk durfte ohne Erlaubniß des Senats nicht zusammen berufen werden; **Gerichtsferien**, *supplicationes* oder **Bät- und Danktage**, der Senat setzte sie an.

2) Wann nun der Senat über diese Gegenstände eine Verordnung ergehen ließ, so hieß sie *senatusconsultum*.

3) Konnte der Senat aber auch wohl Gesetze in Privatsachen z. E. über Contracte, Testamente, Vormundschaften ꝛc. machen? Man unterscheide die Zeiten. Zu den Zeiten des Freystaates war er dazu nicht befugt. Er konnte die vernachläßigte Beobachtung eines schon vorhandenen Gesetzes einschärfen; er konnte auch in Privatsachen Befehle ertheilen, die in einem einzelnen Fall beobachtet werden mußten. Aber neue, allgemeine Gesetze in Privatsachen konnte er, obgleich Bach (* 1) es behauptet, nicht geben. Dieses hat am besten Seger (* 2) gezeigt. Von den Zeiten des Kayser Tiberius aber an, hat der Senat dieses Recht erhalten. August hatte die Gesetze noch vom Volk in den Comitien machen lassen. Dem Kayser Tiberius war dieses lästig. Er nahm also dem Volk die gesetzgebende Gewalt und gab sie dem Senate; comitia ex campo in curiam transtulit, sagt Tacitus am a. O. er verlegte gleichsam die Comitien vom Felde des Mars, wo sie bisher waren gehalten worden, auf das Rathhaus. Doch sind noch einigemal nachher wirkliche Comitien des Volks gehalten, und darin Gesetze gemacht worden.

(1) Hist. iurispr. p. 196.

(2) In

(2) In variis obſerv. iur. civ. Obſ. 3. pag. 12. Lipſ. 1767. Man ſ. auch *Henne* diſſ. de SCtorum vi et auctoritate §. 4. ſeqq. Erf. 1773. und *Einert* diſſ. varia iuris civ. capita, cap. 3.

§. 39. Fortſetzung.

Wann nun der Kayſer ein Senatusconſult gemacht haben wollte, ſo trug er es dem Senat vor, indem er entweder ſelbſt eine Rede im Senat hielt, oder die Rede durch einen geheimen Secretär (quaeſtorem candidatum) ableſen ließ, oder in einem Schreiben (libello) ſeinen Willen eröffnete. Der Senat votirte alsdenn über den Vorſchlag, aber nur zum Schein; dann niemand wagte es ihn zu verwerfen, und nun wurde der Rathsſchluß durch ein kayſerliches Edict publiciret. Von dieſen Zeiten an iſt eine groſſe Menge von Rathsſchlüſſen, und zwar über Objecte des Privatrechtes gemacht worden; die Rathsſchlüſſe haben nun auch eigene Namen erhalten, das zuvor nicht geſchah. In unſerm corpus iuris kommen SC. Silanianum, Claudianum, Turpillianum, Trebellianum. Pegaſianum, Macedonianum, Velleianum &c. &c. vor.

§. 40. Fortſetzung.

Weil ein Rathsſchluß gewöhnlich durch eine kayſerliche Rede veranlaßt wurde, ſo heiſſen die SCta von dieſer Zeit an auch iura orationibus principum conſtituta. Anſtatt zu ſagen: dieß ſey durch ein Senatusconſult verordnet worden, ſagen die Schriftſteller oft: es ſey durch eine Rede des Kayſers verordnet worden. Lange Zeit ſind dieſe Senatusconſulte üblich geblieben, ſo daß wenn die Kayſer etwas zu verordnen fanden, ſie es durch ein Senatusconſult thaten. Von den Zeiten der Antoninen an aber werden ſie ſeltener. So wie die Kayſerl. Macht wuchs, nahm die Macht des Senates ab. Indeſſen wurden bis auf die Zeiten Conſtantins des Groſſen doch noch immer Rathsſchlüſſe gemacht. Von dieſer Zeit an aber hören die Rathsſchlüſſe über Gegenſtände des Privatrechts völlig auf, und der Senat zu Rom und Conſtantinopel machte nur noch Verordnungen über die Sachen, die in ſein Departement gehörten. Kayſer Leo verordnete endlich in ſeiner 78 Novelle, daß gar keine Senatusconſulte mehr gemacht werden ſollten. (*1)

(1) Ueber den wahren Sinn dieſer Verordnung ſ. man *Zepernick* de nouellis Leonis p. 269. ſeqq.

§. 41. Von den Kayſerlichen Verordnungen.

Die vierte Gattung des geſchriebenen Rechts ſind die Kayſerliche Verordnungen. Ich habe davon folgendes anzumerken. 1) Rom wurde Anfangs durch Könige regiert. Als der letzte derſelben, Tarquinius, vertrieben war, wurde Rom ein freyer Staat, und behauptete ſeine Freyheit ungefehr

500 Jahre, bis Sylla, Julius Cäsar und August sie ihm raubten, und sich, einer nach dem andern zu Oberherren aufwarfen.

2) Nachdem August einige Jahre regiert hatte, wurden ihm im Jahr 727 die Majestätsrechte vom Volk und Senat förmlich und feyerlich übertragen. Bey den folgenden Kayfern wurden diese solenne Concessionen, so oft einer den Thron bestieg, wiederholt, und erhielten endlich, ungefehr zu Hadrians Zeiten, den Namen *lex regia*. Sie wird auch *lex Imperii*, *lex Augusti*, *Augustum priuilegium* u. d. g. genennt. Also lex regia ist nichts anders, als die Uebertragung der Majestätsrechte, die einem Kayser bey der Thronbesteigung geschah; (*1) und wenn einige dieses Gesetz für eine Erdichtung Ulpians (*2) oder Justinians (*3) halten, so sind sie belachenswerth.

3) Vermöge der legis regiae hatten die Kayser das Recht Gesetze zu machen. Indessen bedienten sie sich dieses Rechtes anfangs sehr sparsam und vorsichtig, vielleicht um das Volk nicht gegen sich aufzubringen. Sie publicirten neue Verordnungen meistens als senatus consulta. (§. 40.) Wann sie auch selbst etwas neues durch Edicte verordneten, so liessen sie diese oftmals durch senatusconsulta bestättigen.

4) Nachdem sie aber auf dem Thron fester sassen; so fiengen sie an, die gesetzgebende Gewalt häufiger und eigenmächtiger auszuüben. Hadrian machte damit den Anfang, und seine Successoren folgten seinem Beyspiel. Die Definition der Constitutionen im §. wird also nun verständlich seyn: sunt principum placita. quae, si hi volunt, (blos darum, weil es der Kayser will, ohne Einstimmung des Volks oder Senats, und in so weit, als er es will.) legis habent vigorem.

(1) *Westenberg* Diuus Marcus diff. 2.
(2) Wie *Mart. Schock* tr. de quadruplici lege regia Viteb. 1668. 12.
(3) Dieß thut *Grauina* in tr. de imperio romano cap. 27.

§. 42. Eintheilung derselben.

Diese Verordnungen sind 1) in Rücksicht auf ihren Zweck, 2) in Absicht ihres Inhalts von verschiedener Art. Sieht man auf den Zweck, so sind sie entweder *generales* oder *speciales constitutiones*. Generales heissen diejenige, wobey der Regent die Absicht hat, allen Unterthanen eine Verbindlichkeit aufzulegen, eine Vorschrift zu geben, wonach sie handeln sollen; speciales, wenn der Regent diesen Zweck nicht bey seiner Verordnung hat. In Ansehung des Inhalts aber sind die Kayserliche Verordnungen fünferley. S. die 5. Tabelle. Sie sind entweder *edicta*, oder *mandata*, oder *rescripta*, oder *decreta*, oder *privilegia*. Einige dieser Verordnungen sind allezeit allgemeine, andere sind allzeit nur specielle Gesetze; noch andere

sind bald allgemeine, bald nur speciélle Verordnungen. Allgemeine Gesetze waren nemlich ohne Unterschied die Edicte. Hingegen die Mandate und Privilegien waren immer nur specielle Verordnungen. Endlich die Rescripte und Decrete hatten zuweilen den Zweck alle Unterthanen zu verpflichten, zuweilen gingen sie nur auf einen einzelnen Fall und sollten nur in diesem beobachtet werden. Dieß alles wird sich in den folgenden Abschnitten mehr aufklären.

§. 43. Von den Edicten der Kayser.

Edicte heissen bey den Römern Verordnungen des Kayfers, worin ein neues Recht zum besten aller Unterthanen im ganzen römischen Reiche, oder einer ganzen Provinz, oder einer Stadt festgesetzt und öffentlich promulgirt wird. Schon August hat solche Edicte gemacht; doch scheinen sie damals noch nicht die Autorität allgemeiner Gesetze gehabt zu haben. Erst nach und nach unter den folgenden Kayfern haben sie dieß Ansehn erhalten, und sind dadurch die wichtigsten unter allen kayserlichen Verordnungen geworden.

Von diesen Edicten sind die Mandate zu unterscheiden. Mandate waren Instructionen der kayserlichen Bedienten. Sowohl die Gouverneurs der Provinzen, als die öffentliche Bedienten in Rom erhielten dergleichen Instructionen, worin die Grenzen, Rechte und Pflichten ihres Amts bestimmt und vorgeschrieben waren (*1). Sie galten directe nicht als allgemeine Gesetze, sondern verpflichteten nur den Bedienten, der sie erhielt. Indessen publicirte dieser doch zuweilen durch Edicte die Stellen seines Mandates, welche dem ganzen Publicum zu wissen nöthig waren (*2).

Anmerkung. Noch muß ich zweyerley von den Edicten anmerken. 1) Die Edicte heissen auch leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae, sacrae leges, auch generales epistolae, (*3) auch constitutiones in strengem und eigentlichem Verstande (*4). 2) Viele Juristen z. E. Hoffmann (*5) setzen als einen wesentlichen Character der Edicte fest, daß sie aus eigenem Antrieb des Kayfers gegeben worden seyen; aber unrichtig, dann die Magistratspersonen, der Senat ꝛc. veranlaßten oft die Edicte.

(1) *Cuiac* ad Nov. 8. et 17. *Jac. Gothofr.* ad L. un. C. Theod. de mandat. Princ. *Brissonius* de formul. pag. 311. edit. *Bach.*
(2) *Plin.* Epist. X. 97. *Bach.* ad Brisson. de formul. pag. 313.
(3) Man s. *Bach.* hist. iurisprud. pag. 451. §. 3.
(4) *Noodt.* Dioclet. et Maxim. cap. 2.
(5) Histor. iuris rom. p. 399.

§. 44. Von Rescripten.

Rescripte heissen Verordnungen, worin der Kayser eine an ihn ergangene Anfrage oder Bitte beantwortet. Sie sind von dreyerley Art. Wann sie

auf

auf die Supplik einer Privatperson (ἀξιοσεις partium, wie der Autor sagt,) ergehen: so heissen sie *adnotationes* oder *subnotationes*, weil sie mit wenig Worten auf die Supplike notirt wurden. Ergiengen sie aber an eine Magistratsperson, so hiessen sie *epistolae*; denn sie waren in Form eines Schreibens abgefaßt. Wann endlich ein ganzes Collegium (oder schola, wie es die römischen Juristen oft nennen) ein corpus, ein Senat, eine Stadt, Provinz in einer öffentlichen Angelegenheit Vorstellung thut, und ein kayserliches Rescript erhielt: so hieß dieß *sanctio pragmatica* (*1).

(1) *Iust. Henn. Boehmer* diss. de sanctionum pragmaticar. indole et auctoritate, in Exerc. ad Pand. Tom. 1. p. 398. seqq.

§. 45. Anmerkungen über die Rescripte.

Die kayserliche Verordnungen gelten nur, in so weit es der Kayser haben will. (§. 42.) Daraus folgt 1) daß die Rescripte nur gültig sind, wann in der vorausgegangenen Vorstellung Wahrheit enthalten ist. Jedes Rescript setzt nemlich eine Vorstellung, Anfrage, Supplik voraus, und gründet sich darauf. Ist in dieser Vorstellung die Wahrheit verschwiegen, oder sind falsche Umstände angeführt: so will der Landesherr nicht, daß es gelten soll, es gilt also nicht. Es ist daher dem Impetraten, d. i. dem, gegen welchen ein Rescript ergeht, erlaubt, dem Rescript die exceptionem *subs et obreptionis*, die Exception, das Rescript ist von dem Impetranten durch falsche Vorstellungen erschlichen, entgegen zu setzen. Kann er diese erweisen, so muß das Rescript cassirt werden. Wann ein Rescript etwas verordnet, was dem ganzen Staat zum offenbaren Schaden gereicht, oder einem Unterthanen sein wohl erworbenes Recht entzieht; so ist es höchst wahrscheinlich, daß es durch Unwahrheiten erschlichen sey, und die Landescollegien oder der Impetrat haben daher die Erlaubniß, dem Landesherrn Vorstellungen dagegen zu thun; der Impetrat, welchem sein ius quaesitum entzogen werden will, ist auch befugt, gegen den Landesherrn, oder gegen den Fiscal Klage zu erheben.

§. 46. Von den Decreten.

Ein Decret ist eine Verordnung, wodurch der Kayser nach vorhergegangener Untersuchung einen Proceß entscheidet. Die römischen Kayser untersuchten und entschieden viele Processe, die durch Appellation an sie gelangten; entschieden auch zuweilen Sachen in der ersten Instanz. Eine solche kayserliche Entscheidung hieß *decretum*; und war zweyerley, entweder *decretum* in strengerem Verstand oder *interlocutum*. Wann nemlich die Hauptfrage des Processes entschieden, und dadurch der ganze Proceß geendiget wird: so heist es decretum in eigentlichem Verstande. Wann aber ein Nebenpunct decidirt wird, z. E. ob ein gewisser Zeuge im Processe zulässig, ob eine Parthey der

andern ein gewisses Document herauszugeben schuldig sey: so heist die Entscheidung *interlocutio* oder *interlocutum*. Bey den decretis stricte dictis wurde eine genaue Untersuchung angestellt; die Interlocute aber wurden *de plano* d. i. ohne Weitläuftigkeit gegeben.

§. 47. Von dem Ansehen der Decrete und Rescripte.

Eine merkwürdige Frage ist: ob die Decrete und Rescripte allgemeine, oder nur specielle Gesetze sind? Der Landesherr giebt ein Decret oder Rescript in der Sache A. Gilt dieß nur in dieser Sache, oder müssen es die Gerichte auch in andern ähnlichen Fällen anwenden. Z. E. ein aus unehelichem Beyschlaf erzeugtes Kind (spurius) verlangt den sechsten Theil von seines Vaters Erbschaft; die Verwandten verweigern ihm denselben, weil unter den Rechtsgelehrten diese Sache sehr streitig ist; es kommt zum Proceß, der Landesherr entscheidet ihn zum Vortheil des unehelichen Kindes. Die Frage also ist, ob dieses Decret in allen vorkommenden ähnlichen Fällen zur Richtschnur diene, und die Gerichte nun allen spuriis die Succession in den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft gestatten müssen? Vor Justinians Zeiten haben die Decrete kein allgemeines Ansehen gehabt (*1). Justinian aber hat ihnen dieses in der angeführten leg. 12. Cod. de leg. et const. beygelegt.

Indessen muß man doch voraussetzen, 1) daß es Decrete sind, die eine streitige Rechtsfrage entscheiden, wie das eben angeführte über die Succession der unehelichen Kinder ist. Wenn ein Decret eine blose quaestionem facti entscheidet, ob ein gewisses *factum* in vorliegendem Fall geschehen oder nicht geschehen sey, z. E. ob der Beweis gehörig geführt, die Appellationsfristen gewahrt seyen: so kann das Decret seiner Natur nach nicht auf andere Fälle angewandt werden. 2) Wird vorausgesetzt, daß der Landesherr durch sein Decret eine allgemeine Vorschrift hat geben, und nicht um ganz besonderer Umstände willen nur in diesem Falle einen Machtspruch hat ertheilen wollen (*2).

(1) Dieß hat *Zepernick* diatr. de auctor. rer. a centumviris iudicatarum §. 20. in append. ad Siccamae tr. de iudicio centumvirali p 381. sehr gut bewiesen.
(2) *Cocceji* in iure controv. tit. de constitut. princip. Qu. 1. *Stryk* diss. de obligatione rei iudicatae contra tertium, cap. 1. §. 10.

§. 48. Was sind Privilegien?

Die Privilegien sind Verordnungen, wodurch der Landesherr ein *individuum*, das heist eine Person oder Sache von der Vorschrift der Gesetze in mehrern ähnlichen Fällen auf eine vortheilhafte Weise befreyet. Also der erste Character der Privilegien ist, daß ein Individuum vom gemeinen Recht befreyet wird. Das gemeine Recht sagt z. E. jeder Unterthan muß Steuern

entrichten; das Privilegium sagt, diese Person, diese Sache sollen steuerfrey seyn. 2) Diese Befreyung geschieht nicht blos für einmal, sondern für mehrere ähnliche Fälle. Der Unterthan ist nicht Einmal steuerfrey, sondern jedesmal, so oft Steuern erhoben werden. Nach dem heutigen Redegebrauch wird 3) erfordert, daß die Befreyung dem Privilegirten vortheilhaft und angenehm sey. Wann jemand in einem Lande, wo die Todesstrafen abgeschaft sind, wegen besonderer Umstände am Leben gestraft wird: so sagt man heutiges Tages nicht, daß er ein Privilegium erhalten habe. In der alten lateinischen Sprache nennt man zwar eine solche unangenehme nachtheilige Verordnung auch privilegium. Aber dem heutigen Redegebrauch nach sind alle privilegia favorabel. Bey den privilegiis gilt die Regel: non sunt trahenda ad exemplum. Wann der Landesherr einem andern ein Privilegium giebt, so kann ich mich nicht darauf berufen, gesetzt auch, daß ich mit jenem in gleichem Falle bin; sondern ich muß den Landesherrn um die Eintheilung des privilegii bitten.

Anmerkung. Von den Privilegien sind die *constitutiones personales* unterschieden. Diese gehen auf einen einzelnen Fall, das Privilegium auf mehrere. Man theilt sie in constitutiones *favorabiles* und *odiosas* ein. Unter den *odiosis* versteht man eine ausserordentliche Erhöhung der Strafe, eine Sentenz des Landesherrn, wodurch einem eine härtere Strafe dictirt wird, als die in den Gesetzen bestimmte ist; wann z. E. jemand vom Landesherrn zum Strange verurtheilt wird, der nach den Gesetzen nur das Schwerd verdient hätte. Die favorabiles sind entweder *dispensationes*, oder *abolitiones*, oder *adgratiationes*. Wann nemlich jemand eine in den gemeinen Rechten verbotene Handlung vornehmen will, und zuvor vom Landesherrn die Erlaubniß dazu erhält: so heist dieselbe eine Dispensation. Z. E. jemand will sich trauen lassen ohne Proclamation, die doch in den gemeinen Rechten vorgeschrieben ist; er erhält vom Landesherrn Erlaubniß dazu. Diese heist (freylich nicht in gutem Latein) *dispensatio*. Hingegen wann jemand beschuldiget wird, eine gesetzwidrige Handlung schon begangen zu haben, und vom Landesherrn eine Verordnung erhält, daß kein Proceß deshalben gegen ihn angestellt, oder der schon angefangene aufhören soll: so heist dieß eine Abolition. Endlich wann mir wegen eines begangenen Verbrechens schon wirklich die Strafe dictirt worden ist; und der Landesherr mir sie ganz oder zum Theil erläßt; so heist diese Erlassung Adgratiation, Begnadigung.

Von den Privilegien sind ferner die *beneficia legis* oder *iura singularia* zu unterscheiden. Man bemerke 1) beneficia legis sind vortheilhafte Verordnungen neuerer Gesetze, die im ältern Recht unbekannt sind. Z. E. das alte römische Recht weiß nichts davon, daß ein Minderjähriger, der in einem Contract

tract Schaden gelitten hat, sich dagegen in integrum restituiren, das heist den Contract umstossen lassen kann; die neuere Gesetze aber geben dem Minderjährigen dieses Recht; es ist also ein beneficium legis. Die Weibspersonen welche sich verbürgen, müssen nach dem alten römischen Recht so gut als Mannspersonen haften; ein neues Gesetz aber, SCtum Velleianum, erklärt ihre Bürgschaft für ungültig. Hier ist also ein beneficium legis. Nach den alten römischen Gesetzen muß ein Erbe schlechterdings alle Schulden des Erblassers bezahlen. Die neue Gesetze aber geben ihm das beneficium inventarii; wann er über die Erbschaft ein Inventarium machen läßt, so bezahlt er nur soweit als die Erbschaft anreicht.

2) Diese beneficia legis sind von den Privilegien darin unterschieden, daß sie allen Unterthanen, oder doch einer gewissen Classe derselben zustehen, da im Gegentheil die Privilegien nur Einer Person oder Einer Sache ertheilt sind. Die privilegia muß man bey dem Landesherrn besonders erlangen, die beneficia legis sind schon in den Gesetzen enthalten, und man braucht nicht darum nachzusuchen. Die beneficia legis werden auch allgemein promulgirt, die Privilegien nicht.

3) Die beneficia legis sind entweder *generalia* oder *specialia*. Generalia kommen allen Unterthanen, die sich in einem gewissen Falle befinden, zu gut, z. E. das beneficium inventarii; ferner ordinis und divisionis, wovon unten (§. 843. 844.) gehandelt werden wird. Die specialia sind nur einer gewissen Classe der Unterthanen vortheilhaft, z. E. das beneficium SCti Velleiani nur den Weibspersonen.

§. 49. Eintheilung der Privilegien.

Die privilegia sind 1) entweder *gratiosa* oder *onerosa*. Gratiosum heist das, welches umsonst, aus blosser Gnade ertheilt wird, onerosum, wofür der Privilegirte etwas gegeben oder gethan hat. 2) Entweder *realia* oder *personalia*. Reale ist ein Privilegium, das allen Besitzern einer gewissen Sache ertheilt ist. Dergleichen ist z. E. die Steuerfreyheit, wenn sie einem Hause, die Jagdgerechtigkeit, wenn sie einem Landgute ertheilt ist. Denn alle Besitzer des Hauses sind steuerfrey, alle Besitzer des Guts haben das Recht zu jagen. Personale hingegen heist das, welches Einer oder mehreren bestimmten Personen zustehet. Wenn mir z. E. der Landesherr blos für meine Person meine Güter steuerfrey macht, daß sie nemlich frey seyn sollen, so lang ich sie besitze, aber wieder steuerbar werden, so bald sie veräussert werden; oder wenn er mir für meine Person die Jagd giebt: so sind dieß persönliche Privilegien. Also der wahre Character, woran man die Realprivilegien von den persönlichen unterscheiden muß, ist daß sie allen Besitzern einer gewissen

Sache zustehen; das Personalprivilegium kommt nur Einer oder einigen Personen zu. Ich sage einigen. Wenn also der Landesherr mir und meinen Leibeserben oder auch mir und meinen Erben überhaupt, ein Privilegium, z. E. die Steuerfreyheit eines Hauses ertheilt, so ist es kein reelles; denn sobald das Haus an einen Besitzer kommt, welcher kein Erbe von mir ist, so verliert es die Freyheit. Einige nennen die Privilegien, welche einem für sich und seine Erben ertheilt sind, *privilegia ex realibus & personalibus mixta*, aber unschicklich. Ein solches Privilegium ist eigentlich ein Inbegriff mehrerer persönlicher Privilegien; reell ist es gar nicht.

§. 50. Wer kann Privilegien ertheilen, und können sie widerrufen werden.

Die Privilegien sind Verordnungen, wodurch jemand von dem gemeinen Recht befreyt, dieses also wirklich aufgehoben wird. Nun kann niemand Gesetze aufheben als der Landesherr; daher kann auch 1) niemand, als allein der Landesherr Privilegien ertheilen. 2) Die Magistratspersonen, Beamten, Regierungen, Canzleyen ꝛc. ꝛc. sind dazu nicht befugt, wenn ihnen der Landesherr nicht ausdrücklich dieses Recht ertheilt hat (*1). In wie weit kann der Landesherr ein ertheiltes privilegium widerrufen? Es giebt Juristen, welche ihm dieses Recht schlechterdings, und wieder andere, welche es ihm bey privilegiis gratiosis zusprechen. Allein nach der richtigern Meynung ist ein Landesherr so wenig befugt, privilegia zu widerrufen, als andere gültige Verträge umzustossen. Denn ein privilegium ist ein Vertrag mit dem Privilegirten. Ausnahmen dieser Regel sind 1) wenn das privilegium mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, es widerrufen zu können, ertheilt ist. 2) Wenn der Privilegirte es mißbraucht, z. E. einer der privilegirt ist, allein im Lande mit Toback zu handeln, unbrauchbare Waare verkauft. Endlich 3) wenn das privilegium mit dem Wohl des Staates streitet; z. E. eine vermöge des privilegii angelegte Glaßhütte so viel Holz verbraucht, daß ein drückender Mangel zu befürchten ist. Daß ein jedes privilegium gratiosum widerruflich sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten, denn es ist eine Schenkung; diese aber kann ohne hinlängliche Ursache eben so wenig revocirt werden als ein anderer Vertrag (2).

(1) Man sehe Struben Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. § 8.
2) *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 12. §. 13. *Leyser* Sp. 50. med. 10. Sp. 510. cor. 3. *Idem* de assentat. Ictor. cap. 3. sect. 2. §. 35. in meditat. ad Pand. Vol. 13. p. 136. *Wernher* Part. 6. obs. 377. *Gebauer* diss. singularia de privilegiis, §. 20. in opusc. Tom. 1. p. 326. Struben am a. O. §. 28.

§. 51.

§. 51. 52. Von den Edicten der Maziſtratsperſonen.

Wir haben die vier Gattungen des geſchriebenen Rechts kennen gelernt, und gehen nun zu dem ungeſchriebenen über. Dahin gehören zuerſt die *edicta magiſtratuum.*

Man bemerke 1) das Wort magiſtratus bedeutet bald eine Perſon, bald ein Amt. Es bedeutet nemlich a) eine Perſon, die unter öffentlicher Autorität beſtellt iſt, auſſer dem Senate gewiſſe Staatsgeſchäfte zu beſorgen, einen Staatsbedienten, obrigkeitliche Perſon. Ich ſage auſſer dem Senate. Denn der Senat beſorgte auch Staatsgeſchäfte; (§. 39.) aber ſenator und magiſtratus ſind ſehr verſchieden. Oft aber wird auch b) das Amt, vermöge deſſen Jemand öffentliche Geſchäfte zu beſorgen hat, magiſtratus genennt. Alle magiſtratus regierten übrigens der Regel nach nur ein Jahr lang.

2) So wie unſre Beamten, Canzleyen, Renthkammern ꝛc. in Amtsſachen Befehle bekannt machen, ſo thaten es auch die Römiſche magiſtratus, und dieſe heiſſen *edicta.* Der Prätor z. E. gab Befehle in Jurisdictionsſachen, der Aedilis oder Policeydirector in Policeyſachen, u. ſ. w.

3) Dieſe edicta waren entweder *ordinaria*, *ſ. annua*, *ſ. generalia*, oder *extraordinaria*, *ſ. ſpecialia.* Die annua ſchlug der magiſtratus bey dem Antritt ſeines Amtes ſchriftlich an, und machte darin bekannt, wie er während ſeines Amtsjahres die für ihn gehörige Geſchäfte behandeln und entſcheiden wollte. Die extraordinaria publicirte er während ſeiner Amtsführung über beſondere Fälle.

4) Annua edicta haben nur die praetores, aediles curules oder Policeydirectoren und Gouverneurs der Provinzen (proconſules) publicirt; extraordinaria aber auch die übrige Magiſtratsperſonen. Die Edicte des Prätors heiſſen urbana oder praetoria; des Policeydirectors aedilitia; der Gouverneurs in den Provinzen, provincialia, proconſularia.

5) Die magiſtratus, beſonders die Prätoren, brachten manche neue Rechtsſätze in ihre Edicte. Dieſe heiſſen *ius honorarium.* Alſo ius honorarium iſt das in den Edicten der Magiſtratsperſonen enthaltene Recht, weil die Magiſtratsperſonen öffentliche Aemter bekleideten, und dieſe Aemter honores heiſſen (*1).

6) Obgleich die magiſtratus keine Geſetzgeber waren, und das Recht alſo nicht hatten, etwas neues in ihren Edicten zu verordnen, ſo maßten ſie ſich dennoch deſſen an. Sie erklärten (adiuvabant) das römiſche Recht, wo es dunkel war; corrigirten es, wo es hart und unbillig ſchien, und ſupplirten es, wo es Lücken hatte. Viele ihrer neuen Rechtsſätze bekamen nach

und nach durch die stillschweigende Einwilligung des Volks rechtliche Autorität, wurden als ein ius non scriptum respectiret.

7) Daher nennt Justinian die Prätoren Gesetzgeber, und daher kommen in unserm corpore iuris noch viele Erfindungen der Prätoren und Aedilen vor, actiones prætoriae et aedilitiae, restitutiones in integrum, bonorum possessiones, von denen wir unten am gehörigen Ort Nachricht erhalten werden.

8) Als Hadrian das edictum perpetuum verfertigen ließ, wurde das ius honorarium in ein ius scriptum verwandelt.

(1) §. 7. I. h. t.

§. 53. Vom beständigen Edicte.

Mit diesem edicto perpetuo hat es folgende Beschaffenheit: 1) Kayser Hadrian gab Befehl, daß man die edicta praetorum sammeln, das vorzüglichste daraus excerpiren und in Ordnung bringen sollte.

2) Der Rechtsgelehrte, der zu diesem Geschäft erwählt wurde, war Salvius Iulianus, ein Mann von vieler Gelehrsamkeit und grossem Ruhme.

3) Als die Sammlung fertig war, ließ sie der Kayser unter dem Namen edictum perpetuum im Jahr Chr. 131. als ein Gesetzbuch promulgiren, und befahl, daß sich in Zukunft alle Magistrate darnach richten sollten. Keiner durfte nun noch edicta annua machen; nur extraordinaria edicta, insoweit sie dem edicto perpetuo nicht widersprachen, war ihnen zu geben erlaubt.

4) Wir besitzen von diesem beständigen Edicte nur blosse Fragmente, die hier und da in den Pandecten zerstreut sind. Am vollständigsten hat sie Jac. Gothofredus (*1) angezeigt, und Hoffmann (*2) hat sie zusammen drucken lassen. Heineccius wollte die Fragmente mit einem Commentar erläutern, hat aber das Werk nicht vollendet. Was davon fertig geworden ist, steht in dessen opusculis postumis (*3)

5) Dodwell behauptet mit andern, zu Hadrians Zeiten sey auch unter öffentlicher Autorität eine Sammlung von Edicten der Aedilen oder ein edictum perpetuum aedilitium verfertiget worden; aber dieß ist schlechterdings nicht zu erweisen.

6) In den Pandecten kommen drey Edicte der Aedilen vor. Das erste sagt: niemand soll in seinem Hause ein reissendes Thier nah an die Strasse legen, daß die Vorbeygehende angefallen und beschädiget werden können. L. 40. D. de aedilit. edicto.

Das zweyte: wer eine Sache verkauft, welche heimliche Fehler hat, soll sie zurück nehmen, wenn sie dem Käufer ganz unbrauchbar ist; und ei-

nen

nen Theil des Kaufschillings zurück geben, wenn die Sache zwar brauchbar ist, aber doch ihr Werth durch die geheime Mängel vermindert wird. L. 1. §. 1: D. de aedilit. edicto.

Das dritte: wer meinen Sklaven ohne meine Erlaubniß castriret, soll mir dessen vierfachen Werth bezahlen. L. 27. §. 28. ad L. Aquil.

(1) In quatuor fontib. iur. civ. Thesaur. Ott. Tom. 3. p. 241. seqq.
(2) Histor. iur. vol. 2. p. 305. seqq.
(3) Pag. 1 — 640.

§. 54. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten.

Die zweyte Gattung des nicht geschriebenen Rechts sind die responsa prudentum. 1) Die alte römische Gesetze, besonders die Gesetze der 12 Tafeln waren dunkel, wenn gleich nicht für die Zeitgenossen, doch für die Nachkommen. 2) Daher fanden sich Leute, die sie zu erklären, und ihre richtige Anwendung zu zeigen bemüht waren. Sie hiessen *prudentes*, *iuris prudentes*, *iuris consulti*; und ihre Gutachten, Lehrsätze und Meynungen, *responsa*. 3) Diese Rechtsgelehrten waren zwar keine Gesetzgeber. Indessen wurden viele ihrer Meynungen in den Gerichten angenommen, und galten als Gewohnheitsrechte. 4) Endlich erhielten sie die Autorität geschriebener Gesetze; als nemlich Justinian aus den Schriften der Juristen die Pandecten sammeln ließ, und diesen gesetzmäßiges Ansehen ertheilte.

Anmerkung. Zu den Zeiten der freyen Republik konnte jeder Bürger rechtliche Gutachten ertheilen, welcher Wissenschaft und Reputation hatte. August gab (wie viele mit unserm Autor behaupten,) einigen Juristen das Recht, in seinem Namen Gutachten zu ertheilen, Gutachten die gewissermassen gesetzliches Ansehen hatten, weil die Gerichte die Sache nicht anders entscheiden durften, als der Jurist in seinem Gutachten für recht erkannt hatte. Die übrigen Juristen respondirten nach wie vor, ihre Gutachten hatten aber jenes grosse Ansehen nicht. Die beste Abhandlung von dieser Materie hat Gebauer (*1) geschrieben.

(1) Excurs. ad Instit. 1. pag. 166.

§. 55. Erfindungen der Rechtsgelehrten.

Die Rechtsgelehrten sind die Erfinder vieler Rechtssätze und Lehren, die in unserm Gesetzbuche vorkommen. Sie haben die legitimam patronorum tutelam erfunden. Die Gesetze der 12 Tafeln nemlich sagten: über einen Unmündigen sollen die nächste Agnaten Vormünder seyn. Wenn ich nun einen Sklaven frey ließ, so hieß ich Patron des Freygelassenen und wurde, als dessen Vater und nächster Agnat angesehen. Daher behaupteten die Juristen, ich

ich müßte auch dessen Vormund werden, wenn er noch unmündig sey. Man sehe unten den 17. Titel des ersten Buches. Die Juristen sind auch die Erfinder der *querelae inofficiosi*. Ein Vater konnte nach altem römischen Recht seine Kinder nach Gefallen enterben. Dieß hielten die Juristen für unbillig. Sie gaben daher einem ohne Ursache enterbten Kinde den Rath, eine Klage gegen das Testament anzustellen, seinen Vater für blödsinnig auszugeben, und statt des Beweises sich auf das unbillige und unvernünftige Testament zu berufen. Diese Klage wurde querela inofficiosi genannt. Ferner haben die Rechtsgelehrten viele *actiones utiles* erfunden. Eine Klage heist *actio directa*, wenn sie in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gegründet, *utilis*, wenn sie aus dem Gesetz durch eine Schlußfolge hergeleitet ist. Z. E. wenn mir eine Dienstbarkeit auf meines Nachbars Hof zusteht, und er mir Hindernisse in der Ausübung macht: so kann ich ihn vermöge der ausdrücklichen Gesetze actione confessoria belangen. Diese ist also directa. Wenn mir aber ein anderes ausschließliches Recht, (das keine Dienstbarkeit ist) zukommt, z. E. das Recht, allein mit Wein zu handeln, und andere mich darin stöhren, so kann ich nach der Meynung der Juristen, weil einerley Raison eintritt, auch diese Klage anstellen; sie heist aber actio confessoria *utilis* (*1). Endlich schreiben sich auch, wie unser Autor sagt, die legis actiones und actus legitimi von den Juristen her.

(1) Warum diese Klagen den Namen utilis haben, untersuche *Heinecc.* histor. iur. lib. 1. §. 50. Videntur, sagt er, accepisse nomen utilium quasi *utibilium*; quia tametsi nec legum verbis, nec in albo Praetoris proditae essent, *uti tamen iis liceret*, ob paritatem rationis.

§. 56. Was sind legis actiones und actus legitimi.

Der wahre Begriff dieser beiden Dinge und ihr Unterschied ist nichts weniger als ausgemacht. Ich will die von den meisten neueren Rechtsgelehrten angenommene Meynung hier vortragen, meine Gedanken aber in einer eignen diesem Buche angehängten Abhandlung sagen. Actiones legis waren Proceßformeln. Man konnte bey den Römern seine Klage, Exception, Replik u. s. w. im Gericht nicht mit beliebigen Worten vorbringen; sondern alles, was im Proceß vorzutragen war, mußte schlechterdings in einem gewissen bestimmten Formular vorgetragen werden, und dieß hieß legis actio. Wer sich des rechten Formulars nicht bediente, etwas darin ausließ oder veränderte, verlohr den Proceß. Actus legitimus hingegen heist ein feyerliches Geschäft. Wer irgend ein Geschäft von Wichtigkeit vornehmen, z. E. einen Sklaven frey lassen, jemand an Kindesstatt annehmen, ein Kind aus seiner väterlichen Gewalt entlassen wollte ꝛc. der mußte es mit gewissen Formeln und Feyerlichkeiten thun; und eine solche Handlung heist *actus legitimus*.

Anmer-

Anmerkung. Von den actibus legitimis sagt man insgemein, sie hätten keine Zeit, keine Bedingung, keinen Bevollmächtigten zugelassen. Nemlich man habe 1) keinen actum legitimum auf eine gewisse Zeit schliessen, keinen Sklaven z. E. auf eine gewisse Zeit frey lassen; keinen Menschen auf gewisse Zeit zum Kinde annehmen können. 2) Man habe auch einen actum legitimum nicht so eingehen können, daß er erst nach einer gewissen Zeit gelten sollte; z. E. einen jetzt an Kindesstatt annehmen, aber so, daß er erst nach Verlauf eines Jahres mein Sohn seyn sollte. 3) Habe ein actus legitimus unbedingt geschlossen werden müssen. Es gieng z. E. nicht an, jemand unter einer Bedingung zu adoptiren, mein Kind unter einer Bedingung meiner Gewalt zu entlassen. Endlich 4) habe man einen actum legitimum nicht durch einen Bevollmächtigten verrichten lassen können, man habe ihn schlechterdings in eigner Person thun müssen.

Das ist gewiß, daß wir heutigestages keine legis actiones mehr haben. Man hat Formulare zu Klagschriften, Exceptionshandlungen, Citationen, Bescheiden ꝛc. ꝛc. Aber weder Richter noch Partheyen sind so streng daran gebunden, als der Römer an seine legis actiones. Wir haben auch feyerliche Geschäfte, z. E. die Ehe, die Eydesleistung; aber die Regel: actus legitimus *non* admittit diem, conditionem, procuratorem, hat bey unsern feyerlichen Handlungen nicht statt, ausser wann dieses aus der Natur des Geschäftes fliest; das heist, wenn die Beyfügung einer Zeit, einer Bedingung, oder die Zulassung eines Bevollmächtigten nachtheilige Folgen haben würde. Z. E. die Ehe kann nicht auf eine gewisse Zeit, unter einer Bedingung geschlossen; der Eyd muß gewöhnlich in eigner Person abgeleget werden.

(1) *Hoffmann* hist. iur. rom. vol. I. §. 215.

§ 57. Was ist disputatio fori und mores maiorum?

Zu dem iure non scripto gehört drittens die *disputatio fori*. Die wahre Beschaffenheit derselben ist nicht ausser Zweifel. Unser A. und andere glauben, die römische Juristen seyen zuweilen zusammen gekommen, um über Rechtsfragen zu disputiren. Eine Meynung, die nach einer solchen vorhergegangenen Disputation von ihnen angenommen und festgesetzt worden wäre, habe disputatio fori geheisen, und die Autorität eines nicht geschriebenen Rechtes erhalten. Allein die in der Note angeführte Autoren zeigen, daß dieß der wahre Begriff nicht ist. Disputatio fori hieß wahrscheinlich bey den Römern das, was wir den Gerichtsbrauch oder die Praxis nennen. Der Prätor hatte in Rom die Jurisdiction. Er

hatte aber 105 Beysitzer, welche centumviri hiessen, und denen er die wichtigste Processe zu entscheiden übertrug. Wenn nun in den Centumviralgerichten eine Rechtsfrage mehrmal vorgekommen, und allezeit auf einerley Art entschieden worden war: so entstand aus diesen gleichförmigen Urtheilssprüchen eine Art von Gewohnheitsrecht, welches *disputatio fori* hieß, weil es sich auf eine vorausgegangene gerichtliche Disputation gründete. Durch diesen Gerichtsbrauch ist, wie die erste Note sagt, das alte harte römische Recht oft gemildert, und der Billigkeit näher gebracht; oft sind auch die Meynungen der Juristen durch den Gerichtsbrauch bestätiget worden. Z. E. die Juristen hatten die querelam inofficiosi erdacht, (§. 55.) der Gerichtsgebrauch nahm sie an, und machte sie geltend.

Die letzte Gattung des nicht geschriebenen Rechtes sind die *mores maiorum*. In allgemeiner Bedeutung sind alle iura non scripta, mores maiorum. Man kann das ius honorarium, das ius ex responsis prudentum und die disputationem fori, mores maiorum heissen. Allein in eigentlichem Verstande sind *mores maiorum* Gebräuche, die zu keiner der vorigen eben benannten Rechtsgattungen gerechnet werden können, die aber doch von Alters her im römischen Staate galten. Z. E. wenn die Consuln nicht in Rom zugegen waren, so vicariirte der Prätor für sie; nur gewisse Magistratus konnten den Senat zusammenberufen; Weibspersonen konnten keine öffentliche Aemter bekleiden; Schenkungen unter den Ehegatten waren verboten ꝛc. ꝛc. Dieß alles waren mores maiorum.

§. 58. Theorie des Gewohnheitsrechtes.

Der Autor giebt hier noch einige allgemeine Bemerkungen über das Gewohnheitsrecht, die von practischer Wichtigkeit sind. Indessen hat er die ganze Theorie des Gewohnheitsrechtes nicht erschöpft. Man bemerke also: I) Eine Gewohnheit ist eine beständige Beobachtung einer Regel in freyen Handlungen. Wer seine freyen Handlungen immer nach einer gewissen Regel thut, z. E. alle Morgen um 6 Uhr aufstehet, alle Abend um 10 zu Bette gehet, der hat eine Gewohnheit.

II) Eine Gewohnheit ist von verschiedener Art. Man glaubt entweder, daß man verbunden sey diese Regel zu beobachten; (z. E. alle Einwohner eines Orts nehmen Zeugen zu ihren Eheverlobnissen, weil sie glauben, daß es nöthig sey;) oder nicht. Im ersten Fall heist die Gewohnheit eine obligatorische, (*consuetudo obligatoria*;) im letzten eine freye Gewohnheit *(consuetudo libera.)* Von der ersten Art ist die Gewohnheit bey Eheverlobnissen, von der letzten Art sind die eben angeführte Gewohnheiten des Aufstehens und zu Bette gehens. Die obligatorische wird

ent-

entweder vom Gesetzgeber gebilliget, und dann heist sie eine gesetzliche Gewohnheit, *(consuetudo legalis, ius non scriptum)* oder nicht. In diesem letzten Falle ist sie eine illegale Gewohnheit; böser, unvernünftiger, verworfener Gebrauch. Die gesetzliche ist entweder *permissiua*, wenn vermöge der Gewohnheit eine Handlung ungestraft geschehen darf, oder *praeceptiua*, wenn die Handlung geschehen muß.

III) Was wird erfordert, wenn man behaupten will, daß eine gesetzliche Gewohnheit, ein Gewohnheitsrecht vorhanden sey? Die Gesetze erfordern 1) mehrere *actus*, ohne die Zahl genau zu bestimmen. Die Sache ist also dem Gutdünken des Richters überlassen, er muß nach den Umständen beurtheilen, ob etwas so oft geschehen sey, daß man daraus eine Gewohnheit schliessen könne (*1). 2) Einen gewissen Zeitverlauf. Die Regel muß lange beobachtet worden seyn, wenn man eine Gewohnheit behaupten will. Aber auch hier bestimmen die Gesetze nichts genau, sondern überlassen die Bestimmung dem vernünftigen Ermessen des Richters (*2). Einige behaupten, man müsse auf die Verjährungszeit sehen, aber ohne Grund (*3). 3) Die Actus müssen gleichförmig, das heist so beschaffen seyn, daß sich aus allen die behauptete Gewohnheit herleiten läßt (*4), und 4) in der Meynung unternommen, daß es so seyn müsse, *(actus opinione iuris susceptι.)* Wenn man z. E. mehrmal die Wittwen aus gutem Willen, Mitleid, Liebe ꝛc. zur Erbschaft gelassen hat, so entstehet daraus keine legale Gewohnheit, vermöge deren sie die Succession prätendiren können (*5). Daß dieses Erforderniß vorhanden sey, erhellet aus geschehenem Widerspruch. Einer will, daß der Actus geschehe, der andere setzt sich entgegen. Jener behauptet, er müsse von Rechtswegen geschehen, dieser giebt nach (*6). Vergleiche also beweisen keine Gewohnheit, wenn sie nicht auf die Gewohnheit gegründet gewesen sind (*7). 5) Die Actus müssen nicht unterbrochen seyn. Wenn einigemal der Satz befolgt, zu andern Zeiten aber nicht befolgt worden ist: so läßt sich keine Gewohnheit annehmen. 6) Behauptet jemand, eine Handlung müsse vermöge einer Gewohnheit so geschehen, und sey ungültig, wenn sie anders geschehe, z. E. Eheverlöbnisse müßten, wenn sie gelten sollten, vor Zeugen geschlossen werden: so muß er noch beweisen, daß Actus auf andere Art geschehen, und ihnen die Bestätigung versagt, sie annulliret, wohl gar mit einer Strafe belegt worden seyn (*8). 7) Die Gewohnheit muß sich nicht auf einen offenbaren Irrthum gründen. Wir haben in unsrer Praxis manche Sätze, die aus einem evidenten Irrthum hergeflossen sind. Dergleichen Gewohnheiten sind nicht legal (*9) 8) Muß sie nicht unvernünftig seyn, das heist der gesunden Vernunft und dem Wohl des Staats nicht widersprechen, wie z. E. die alte Gewohnheit in Erfurt, daß keiner in dem Rath kam, der

Peter hieß (*10). Hurerey, Ehebruch, Diebstahl und andere Laster mögen so sehr und so lang im Schwange gehen, als sie wollen, so entsteht daraus nie eine gesetzliche Gewohnheit. Ist es aber wohl 9) auch nöthig, daß die Gewohnheit im Gericht bestätiget worden sey? Verschiedene (*11) behaupten dieß ohne Unterschied, und berufen sich auf L. 34. D. de legibus. Andere sagen, es sey nur erforderlich, wenn die Gewohnheit den geschriebenen Gesetzen zuwider ist (*12). Noch andere aber halten die Vorschrift der L. 34. cit. für einem blosen Rath; sie glauben, es sey gut, wenn man gerichtliche Actus anführen könne, weil es den Beweis sehr erleichtere, aber nicht nothwendig, und dieses nehmen die meiste neuere Practiker an (*13).

IV) Woher bekommt die Gewohnheit gesetzliches Ansehen? Von der Billigung des Gesetzgebers. Dieser Consens ist aber mancherley, er ist entweder ein ausdrücklicher oder stillschweigender. Sowohl der eine als der andere ist entweder allgemein oder speciell. Der ausdrückliche specielle macht ein geschriebenes Gesetz; der allgemeine und der stillschweigende ein Gewohnheitsrecht. Wenn nemlich (a) ein Gesetzgeber ausdrücklich sagt: dieser Satz soll als ein Gesetz gelten, so ist consensus specialis expressus, so ist eine lex scripta vorhanden. Wenn (b) der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß wohlhergebrachte ehrbare Sitten und Gewohnheiten gültig seyn, und in den Gerichten darauf gesprochen werden soll: so hat er diese Gewohnheiten durch consensum expressum generalem bestätigt. (c) Gesetzt aber der Landesherr weiß, daß eine gewisse obligatorische Gewohnheit in seinem Staate beobachtet wird, und verwirft sie nicht: in diesem Fall billiget er sie stillschweigends und besonders, (consensu speciali tacito.) Endlich wenn (d) der Gesetzgeber nur überhaupt weiß, daß in seinem Staate Gewohnheiten beobachtet und die Unterthanen danach beurtheilt werden; dieß aber nicht verbietet: so billiget er es durch allgemeine stillschweigende Einwilligung (consensu tacito generali) (*14).

V) Was ist die Wirkung des Gewohnheitsrechtes, was hat es für Ansehen? Die legale Gewohnheit ist so gut ein Gesetz, als das geschriebene Gesetz; denn es ist einerley, ob der Gesetzgeber seinen Willen ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen giebt. Daraus folgt denn der Satz: ut et anterioribus legibus deroget et easdem plane tollat. So gut als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben so gut kann dieß auch durch eine Gewohnheit geschehen (*15). L. 2. Cod. quae sit longa consuetud. scheint zwar das Gegentheil zu verordnen, aber es scheint auch nur so. Denn es ist dort nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern ob man eine alte Gewohnheit durch ein neues Gesetz abschaffen könne, und das letztere wird bejahet (*16).

(1) Me-

(1) *Menoch* de arbitrar. iud. quaeſt. lib. 2. Cent. 1. Caſ. 81. n. 4. *Vinnius* ad §. 9. I. h. t. *Gail.* lib. 2. obſ. 31. *Mencken* Gymnaſ. polem. p. 46. theſ. 4. *Voet.* comment. ad pand. tit. de leg. n. 29. *Gundlingiana* part. 7. obſ. 3. §. 17. *Kemmerich* diſſ de probat. conſuetud. et obſervant. p. 64. Struben rechtl. Bedenken 1. Theil 309. Seite.

(2) *Gail* und *Mencken* am a. O. *Cocceji* ius controv. tit. de leg. Q. II. *Kemmerich* p. 79. *Cramer* obſerv. Tom. 3. obſ. 847. §. 16.

(3) *Hochſtetter* diſſ. de praeſcriptione conſuetudinis. Stuttgard 1777. Meurers juriſtiſche Abhandlungen und Beobachtungen S. 157. u. f.

(4) Strube 2. Th. 223. Seite.

(5) *Ludolf.* ſymph. Vol. I. conſ. 44. p. 1335. *Boehmer* I. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44. Cramer Nebenſt. part. 12. p. 100. Strube 2 Th. 305. Seite.

(6) *Titius* in iure privat. lib. 1. cap. 7. §. 14.

(7) *Berger* Lib. I. Tit. I. theſ. 19. not. 4.

(8) *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. §. 13.

(9) *Steenhof* diſſ. de praxi iudiciorum erronea hat Exempel geſammelt.

(10) *Leyſer* ſpec. 9. med. 4. Strube am a. O. 2 Theil 55. Seite *Puffendorf* tom. I. obſ. 43. §. 6. obſ. 198. *Wieſand.* opuſc. pag. 1. ſqq. *Müller* ad *Leyſer* tom. I. obſ. 32. dies wollen die deutſchen Sprüchwörter ſagen: Hundert Jahr unrecht iſt keine Stunde recht; Mißbrauch iſt keine Gewohnheit. Eiſenhard Grundſätze des deutſchen Rechts in Sprüchwörtern, S. 21. u. f.

(11) *Hofacker* diſſ. de iure conſuetudinis. Tubing. 1774. cap. 2. §. 38. ſeqq. Meurer am a. O. S. 125. u. f.

(12) *Berger* oec. iur. lib. 1. tit. 1. theſ. 19. *Wernher* ſel. obſ. for. tom. 2. p. 9. obſ 193. *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. § 12. pag 77.

(13) *Gail* lib. 2. obſ. 31. n. 8. *Maſcard* de probat. concluſ. 427. *Chriſtinaeus* vol. 4 deciſ. 187. n. 7. 8. *Mevius* ad ius Lubecenſe, praelim. quaeſt. 7. n. 19. *Cramer* tom. 3. obſ. 847. §. 10 *Leyſer* ſp. 10 cor. 2. *Staudinger* diſſ. de conſuetudine contradicto iudicio firmata §. 7. ſeqq. *Boehmer* deciſ. et conſult. vol. 2. arg. 868. n. 37. arg. 869. n. 15. 16.

(14) *Gerh.* von dem *Buſch* diſſ. de conſuetudine, unde et quando vim legis obtineat, §. 26. ſeqq. pag. 49 ſeqq. welcher überhaupt dieſe Materie vorzüglich gut abhandelt. Anders erklärt die Einwilligung des Geſetzgebers *Franc. Car. Conradi* diſſ. de conſuetudine legem haud vincente. §. 6. p. 21. ſqq.

(15) Doch behaupten viele Juriſten, daß in dieſem Falle die Gewohnheit nicht anders gelte, als wenn ſie zur Wiſſenſchaft des Landesherrn gekommen ſey; andere erfordern, daß er die dem Geſetz zuwider unternommene Handlungen beſtätigt habe. Man ſ. *Kemmerich* diſſ. cit. ſect. 2. §. 11.

(16) *Averan* interpret. libr. 2. cap. 1. *Noodt* ad pand. tit. de legib. *Ayrer* progr. de conſuetudine legem vincente. Goett. 1764.

§. 59. Heutiger Gebrauch der bisher vorgetragene Lehren.

1) Wir haben in Deutſchland keine Demokratien, wo die Geſetze in ſolchen Verſammlungen wie im römiſchen Staate gemacht, und wo Verſammlungen des ganzen Volks von Verſammlungen der Plebejer unterſchieden werden. Alſo der Unterſchied unter legibus centuriatis und plebiſcitis fällt weg.

2) In Reichsstädten sowohl als in Landstädten sind collegia, der Stadtrath, die mit dem römischen Senate, si licet magna adsimilare parvis, Aehnlichkeit haben. In den Reichsstädten, auch zuweilen in den Landstädten, haben sie das Recht Verordnungen zu machen. Will man dieselbe senatus consulta nennen, so haben wir diese Gattung von Gesetzen; gewöhnlich aber ist diese Benennung nicht. 3) Die constitutiones principum, welche im römischen Recht vorkommen, giebt es auch heutigestags. Doch haben die Worte mandata, rescripta, decreta oft andere Bedeutungen als bey den Römern. Unter den **Mandaten** versteht man oftmals allgemeine landesherrliche Verordnungen; unter den Rescripten oft auch solche Befehle, die der Landesherr an seine Collegia und Beamte aus eignem Antrieb erläßt; unter den Decreten landesherrliche Befehle, wodurch jemand ein öffentliches Amt erhält. 4) Unsere öffentliche Bedienten geben zwar Befehle in Amtssachen, aber sie haben nicht die Befugniß neue Rechtssätze darin aufzustellen. 5) Die Meynungen angesehener Rechtsgelehrten haben grosses Gewicht. Mevius, Carpzov, Lauterbach, Leyser, und andere werden beynahe wie Gesetzgeber respectirt, welches freylich nicht seyn sollte. 6) Was die Autorität der **Praxis** oder des **Gerichtsbrauches**, der *praeiudiciorum*, wie man auch spricht, betrifft: so wollen ihr einige Juristen gesetzliche Kraft beylegen (*1); andere sprechen ihr alles Ansehen ab (*2); noch andere aber machen mit Recht einen Unterschied, und behaupten, daß die Praxis offenbaren Irrthümern zwar kein gesetzliches Ansehen geben könne, daß hingegen in zweifelhaften Rechtsfragen die praeiudicia des Gerichtes, wo der Proceß hängt, sodann aber die allgemeine Praxis als ein Gewohnheitsrecht beobachtet werden müssen (*3). 7) Auch *mores maiorum*, uralte deutsche Gewohnheiten, sowohl allgemeine, als besondere in einzelnen Ländern, Städten und Dörfern haben wir, die so gut als geschriebene Gesetze gelten. So sind es z. E. in Deutschland allgemeine Gewohnheiten, daß pacta nuda eine Klage wirken, Erbverträge gültig, Pfandungen und Retorsionen der Injurien erlaubt sind.

(1) *Brunnemann* ad L. 23. D. de LL.
(2) *Gribner* diss. de obsevantiis collegior. iuridicor. §. 7. in opusc. Tom. 4. p. 52.
(3) *Leyser* sp. 9. med. 5. 6. *Reinharth* ad *Christin.* vol. I. obs. 3. Strube rechtl. Bed. I. Th. 63. 64. 201. 202. Seite.

§. 60. Von den drey Rechtsgegenständen.

Wie viel Rechtsgegenstände *(obiecta iuris)* es gebe, ist unter den Rechtslehrern streitig. Der Streit ist aber im Grunde nichts als Logomachie (*1). Justinian giebt deren drey an: *personas*, *res*, *actiones*, und dabey kann man gar füglich bleiben. Denn alle Rechte, welche einem Menschen zustehen, beziehen sich entweder auf seinen persönlichen Zustand; oder auf äusserliche Dinge, die

die wir zur Nothdurft, Bequemlichkeit oder Vergnügen gebrauchen. Jene machen das *ius personarum*, diese das *ius rerum* aus. Es giebt aber noch ein gewisses Mittel, wodurch man im Staate seine Ansprüche verfolgt und geltend macht, die Vorstellung meines Rechtes bey dem Richter; dieß heist Klage, *actio*. Folglich giebt es drey Rechtsgegenstände, personas, res, actiones. Im ersten Buch der Institutionen wird von den Personen, im zweyten, dritten und den ersten fünf Titeln des vierten Buchs von Sachen, und im sechsten und folgenden Titeln dieses Buches von Actionen gehandelt.

(1) *Huber* digress. lib. 4. C. 1.

Tit. III.

De Iure personarum.

§. 61. Begriff des Menschen und der Person.

Wir erhalten in diesem §. zwey Definitionen und einen Folgesatz daraus. Die erste Definition heist: *homo* est, cuicumque mens ratione praedita *in corpore humano* contingit. Also zu einem Menschen gehört 1) menschlicher Körper; 2) Seele, die der Vernunft fähig ist. Wird etwas vom Weibe gebohren, das keinen menschlichen Körper hat: so heist es monstrum, und hat die Rechte der Menschen, z. E. das Erbrecht nicht. Ob aber ein Körper menschlich sey, ist hauptsächlich aus dem Kopfe zu beurtheilen. Ist dieser menschlich, so macht Mißgestalt der übrigen Glieder die Geburt nicht zum Monstrum, ist er aber nicht menschlich, so ist die Leibesfrucht nicht als ein Mensch anzusehen, wenn auch alles übrige menschliche Gestalt hätte (* 1). Die Seele muß der Vernunft fähig seyn. Man glaubt, daß sie es sey, wenn der Körper menschlich ist. Daß sie den wirklichen Gebrauch der Vernunft habe, ist nicht erforderlich. Rasende und Blödsinnige haben die Rechte der Menschen, ob sie gleich die Vernunft nicht gebrauchen können.

Die zweyte Definition ist: *persona* est homo cum statu quodam civili consideratus. Folglich eine Person heist nur der Mensch, der einen bürgerlichen Zustand, der Rechte im römischen Staat hat. Mensch und Person sind also wie Geschlecht und Gattung unterschieden. Jede Person ist ein Mensch, nicht jeder Mensch eine Person. Es giebt Menschen, die der römische Jurist nicht für Personen gelten läßt. Man sehe den folgenden §. am Ende.

Da die Persönlichkeit eines Menschen von seinem Zustande, und folglich von seinen Rechten abhängt, so sieht man zuweilen mehrere Menschen, weil

sie

sie einerley Rechte, einerley Zustand haben, als Eine Person an, und nennt sie eine moralische Person. Eine moralische Person besteht also aus mehreren physischen Personen. Z. E. eine Dorfgemeinde ist eine moralische Person, weil alle einzelne Gemeindsglieder, als Gemeindsglieder betrachtet, einerley Rechte haben. Weil aber auch derselbe Mensch verschiedene Zustände haben, d. i. in verschiedener Rücksicht bald diese bald andere Rechte haben kann: so kann Ein Mensch zwey und mehrere Personen vorstellen. Z. E. der Kayser stellt eine andere Person als Kayser, eine andere als Erzherzog von Oesterreich vor. Wer das Bürgerrecht in zwey Städten hat, ist eine doppelte Person ꝛc. Mehrere Beyspiele giebt Hert (*2).

(1) Dieß ist wenigstens die in den römischen Gesetzen L. 14. D. de stat. hom. und L. 3 C. de post. hered. instit gegründete Lehre. Ob aber diese Gesetze auf richtigen physiologischen Gründen beruhen, ist eine andere Frage. M. s. *Hartleben* meditat ad pandect. vol 1. part. 2. spec. 16. med. 2.

(2) *Hert* diss. de uno homine plures sustinente personas, in opusc. Vol. 1. Part. 3. n. 3.

§. 62. Begriff des Zustandes.

Person ist ein Mensch, welcher einen bürgerlichen Zustand besitzt. Was ist also Zustand, was ist bürgerlicher Zustand? Zustand heist bey den Rechtsgelehrten eine Eigenschaft, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte besitzt. Also 1) eine Eigenschaft gehört zu dem Zustande; diese mag nun innerlich oder äusserlich, vorübergehend oder beständig seyn; 2) eine solche, aus welcher Rechte entstehen. Andere Eigenschaften kommen bey den Juristen nicht in Betrachtung. Z. E. Minderjährigkeit, Krankheit, Blödsinn, Freyheit sind Eigenschaften, woraus gewisse Rechte fliessen. Der Kranke hat andere Rechte, als der Gesunde; der Blödsinnige andere, als der Vernünftige; der freye Mensch hat Rechte, welche dem Sklaven fehlen. Alle diese Eigenschaften machen also einen juristischen Zustand aus.

Dieser Zustand ist aber zweyerley, entweder natürlicher, oder bürgerlicher. Natürlicher Zustand (*status naturalis*) heist hier eine natürliche, innerliche, physische Eigenschaft, aus welcher Rechte entstehen; bürgerlicher (*status civilis*) eine äusserliche, moralische Eigenschaft, ein Verhältniß, welches Rechte nach sich zieht. Z. E. Krankheit, Blödsinn, Minderjährigkeit, weibliches oder männliches Geschlecht gehören zum natürlichen Zustande. Denn diese Eigenschaften liegen in dem Menschen, sind physisch. Aber daß ich ein freyer Mensch, ein pater familias, ein filius familias, ein Bürger, ein Fremder bin, dieß sind blos äusserliche Eigenschaften, Verhältnisse. Sie gehören also zum bürgerlichen Zustand.

Betrach-

Betrachtet man die Menschen in natürlichen Zustand, so sind sie 1) entweder schon gebohrne, oder **Embryonen**, d. i. empfangen, aber noch nicht gebohren. Die Embryonen haben **in gewisser Maasse** schon die Rechte der Menschen. (* 1)

2) Entweder **Manns** = oder **Weibspersonen.** Die Rechte der letztern gehen in manchen Stücken von den Rechten der erstern ab. Z. E. Weibspersonen gelangen zu keinen öffentlichen Aemtern, können sich nicht verbürgen, erben nicht in Lehn- und Stammgütern ꝛc. (* 2) Die Mannspersonen sind entweder zum Kinderzeugen fähig oder nicht. Die letzte heissen **Spadonen** in allgemeinem Verstande, und sind entweder **Castraten, verschnittene**, oder **Spadonen** in eigentlicher Bedeutung. Spado heißt nemlich in eigentlichem Sinne des Worts ein Mensch, der von Natur einen Mangel an den Zeugungstheilen hat; Castrat, oder verschnittener, der sie verlohren hat. (§. 146.)

3) Entweder **Gesunde** oder **Kranke.** Kranke sind entschuldiget, wann sie einen gerichtlichen Termin versäumen, wann sie zur Vormundschaft bestellt werden, man verschont sie mit der Folter und Leibesstrafen (* 3).

4) Entweder mit den Sinnen begabt, oder deren beraubt. Z. E. Die Blinde und Taube haben in vielen Stücken andere Rechte als Sehende und Hörende.

5) Entweder **vernünftig** oder **wahnsinnig.** Die letztere können keine gültige Verträge schliessen, kein Testament machen, bekommen einen Curator ꝛc. Die vernünftige haben entweder den **vollen Gebrauch** ihres Verstandes, oder sind **einfältig, stupid.** Diese können zwar rechtliche Handlungen gültig vornehmen, doch ist man geneigter die Einrede des Betrugs und der listigen Ueberredung gegen ihre Geschäfte gelten zu lassen, als bey ganz vernünftigen.

Die Wahnsinnigen werden in den römischen Gesetzen in *furiosos* und *mente captos* eingetheilt. Mente captus oder demens heißt einer, welcher seinen Verstand verlohren hat, übrigens sich ruhig hält, furiosus ein Rasender. Der mente captus hat entweder nur einige närrische Grillen, und handelt im übrigen vernünftig, oder er hat den Gebrauch des Verstandes ganz verloren. Von der ersten Art kenne ich einen im Hospital Hofheim unweit Darmstadt. Dieser spricht und handelt wie ein vernünftiger Mensch. Nur sobald die Rede von Ayrers bekanntem Buche: processus satanae contra Iesum entsteht, welches er besitzt, so fängt er über die darin oft vorkommende Abkürzung I. V. N. (Jesus von Nazareth) auf das seltsamste zu radotiren an. Zuweilen verstehen indessen unsre Gesetze unter einem mente capto, den, der seinen Verstand ohne Hoffnung der Besserung verlohren hat,

und keine Zwischenräume des Blödsinnes hat; unter einem furioso aber einen der raset, aber doch zu gewissen Zeiten vernünftig ist, oder wahrscheinlich hergestellt werden kann. (* 4) S. unten §. 112.

5) Entweder Minderjährige oder Großjährige. Jene sind entweder mündig, oder unmündig. Minderjährig nemlich (minor, minorennis), heißt ein Mensch, ehe er 25 Jahr alt ist; Großjährig, (maior, maiorennis) wann er das 25 Jahr zurückgelegt hat. Unmündig ist eine Mannsperson vor zurückgelegtem vierzehenden; eine Weibsperson vor zurückgelegtem zwölften Jahre. Sind diese Jahre zurückgelegt, so fängt die Mündigkeit an. Doch heißt sie noch zur Zeit die unvollkommene Mündigkeit (*pubertas minus plena*). Die völlige (*plena*) fängt bey Weibspersonen im funfzehnden Jahre an, bey Mannspersonen im achtzehenden. §. 4. I. de adopt. L. 14. §. 1. D. de alim. legat. Man sehe unten §. 217. Die Impuberes sind entweder *infantes* oder *infantia maiores*. Kind, *infans* heißt der Mensch, welcher noch nicht das siebende Jahr zurückgelegt hat. Infantia maiores sind entweder *infantiae proximi* oder *pubertati proximi*. Wie diese Arten unterschieden sind, ist sehr zweifelhaft, und die Juristen haben mancherley Meynungen darüber (* 5). Accursius (* 6) aber, dem die meiste neueste Rechtsgelehrten (* 7) beypflichten, sagt, man muß bey Weibspersonen den Raum vom 7ten bis zum 12ten Jahr halbiren. Wann eine die Hälfte dieses Weges noch nicht zurückgelegt hat, das heißt noch nicht $9\frac{1}{2}$ Jahr alt ist: so ist sie infantiae proxima; sind aber diese Jahre vorbey, so heißt sie pubertati proxima. Bey Mannspersonen muß man den Weg vom 7ten bis zum 14ten Jahre halbiren. Haben sie $10\frac{1}{2}$ Jahr zurückgelegt, so sind sie pubertati proximi, vorher aber infantiae proximi Die Stufen des Alters folgen also dergestalt auf einander,

bey Mannspersonen:	bey Weibspersonen:
infans	infans
7 infantiae proximus	7 infantiae proxima
$10\frac{1}{2}$ pubertati proximus	$9\frac{1}{2}$ pubertati proxima
14 pubes minus plene	12 pubes minus plene
18 pubes plene	14 pubes plene
25 maior	25 maior.

Der

Der bürgerliche Zustand ist entweder Zustand der Freyheit, oder des Bürgerrechts, oder der Familie; (status *libertatis*, *civitatis*, *familiae*.) In Absicht auf den Zustand der Freyheit sind die Menschen entweder freye, oder Sklaven; im statu familiae entweder *homines sui iuris* oder *alieni iuris*; endlich in Rücksicht auf den statum civitatis entweder *cives* oder *peregrini*.

Noch ein Axiom steht im §. welches ein Folge aus dem Begriff einer Person ist. Wer keinen bürgerlichen Zustand hat, ist keine Person, sondern wird in die Classe der Sachen gerechnet. Dergleichen sind nach römischem Rechte die Sklaven (servi.) Sie haben keinen einzigen bürgerlichen Zustand, gar keine Rechte im römischen Staat; daher werden sie auch nicht als Personen, sondern als Sachen, res angesehen.

Anmerkung. Die römische Juristen reden nur von drey Civilzuständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit in den gemeinen Rechten (*iuribus communibus*) nach sich ziehen. Der Freye hat andere gemeine Rechte als der Sklave, dann dieser hat gar keine bürgerliche Rechte; der Bürger hat andere gemeine Rechte als der Fremde; der filius familias andere als der pater familias. Es giebt aber noch viele status civiles, welche eine Verschiedenheit in Ansehung der besonderen Rechte (iurium *particularium*) wirken.

Dergleichen ist, um von mehreren nur einige anzuführen, (1) status existimationis. Mein Name, Ruf, Gerücht, *fama*, *existimatio* heißt das Urtheil anderer Menschen von meinen moralischen Eigenschaften. Legen mir Andere moralische Vollkommenheiten bey, so habe ich einen guten Namen; schreiben sie mir aber moralische Unvollkommenheiten zu, so ist mein Name böse. Der Schade, den jemand an seinem guten Namen leidet, heißt Ehrlosigkeit, *infamia*. Diese ist nach der Meynung vieler Juristen zweyerley, entweder *infamia iuris* oder *facti*. Wenn die Gesetze selbst einen Menschen für ehrlos, schändlich, nichtswürdig erklären, weil er eine schändliche Handlung begangen hat: so hat er infamiam iuris. Hingegen wann jemand Handlungen begeht, die ihn in den Augen vernünftiger, wohldenkender Menschen verächtlich machen, auf die aber doch nicht in den Gesetzen die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt ist: so soll er infamiam facti haben. Ob diese Distinction in den Gesetzen gegründet sey, und ob die infamia facti rechtliche Wirkungen habe, ist zweifelhaft (* [8]). Unter den Menschen, die nicht ehrlos sind, giebt es einige, die *levis notae maculam* haben. Wer sind diese? Man bemerke 1) der Ausdruck levis notae macula kommt in der L. 27. C. de inoff. testam. vor, wo es heißt, die Geschwister könnten querelam inofficioſi anstellen, wenn der Verstorbene einen Erben eingesetzt habe, wel-

cher *infamiae* oder *turpitudinis*, oder *levis notae maculam* habe. 2) Dieses Gesetz ist aus der L. 1. et 3. Cod. Theodos. eod. zusammengeschmolzen, aber sehr verändert und entstellt. Was übrigens in der L. 27. Cod. Iust. levis notae macula genennt wird, heißt in der L. 3. Cod. Theodos. *levis nota.* 3) Wer sind also die Personen, welche levem notam, oder levis notae maculam hatten? Heineccius (* 9) macht es sehr wahrscheinlich, daß darunter die zu verstehen sind, welche nach dem Papisch-Poppäischen Gesetz sich nicht mit Personen von Senatorischem Stande verheyrathen durften, (§. 125.) also a) Schauspielerkinder (quorum parentes artem ludicram fecerant, b) öffentliche Huren, und c) freygelassene. 4) Die Wirkung der levis notae macula war demnach, daß a) solche Leute von der Heyrath mit Personen aus dem ordine senatorio ausgeschlossen waren; b) daß die Geschwister querelam inofficiosi anstellen konnten, wenn sie eingesetzt waren. (§. 473.) Justin und Justinian aber haben die erste Wirkung in der L. 23. C. de nupt. Nov. 77. Cap. 3. Nov. 89. Cap. 15. gänzlich aufgehoben; und in Ansehung der zweyten ist in der L. 27. C. de inoff. testam. die Einschränkung gemacht, daß wegen der Einsetzung eines freygelassenen die Geschwister nur alsdann klagen können, wenn ein undankbarer freygelassener zum Erben ernennt ist.

Dieß ist der wahre römische Begriff von der levis notae macula. Die neuere Juristen aber haben mit diesem Ausdruck eine ganz andere Bedeutung verbunden. Sie fanden nemlich in Deutschland viele Gattungen von Menschen, welche ob sie gleich nichts unerlaubtes und schändliches begehen, doch verächtlich waren, und weder in Gilden oder Zünfte, noch zu öffentlichen Aemtern zugelassen wurden, ja an einigen Orten nicht einmal das Bürgerrecht bekommen konnten. Dergleichen waren wegen ihrer Geburt uneheliche Kinder, und wegen ihrer Profession, Leinweber, Barbierer, Schäfer, Schweinschneider, Müller, Zöllner, Pfeifer, Trompeter, Bader, Gerichtsknechte, Feldhüter, Nachtwächter, Todtengräber, Bettelvögte, Gassenkehrer, Scharfrichter, Abdecker, ꝛc. Sie legten also diesen Leuten levis notae maculam bey. Durch die Reichsgesetze, Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 38. Reichsschluß von 1731. §. 4. und Reichsschl. vom 30. April 1772. ist diese levis notae macula fast bey allen benennten Personen abgeschafft worden. Nur bey zwey Gattungen ist noch etwas davon übrig. Nemlich (1) uneheliche Kinder werden ohne Legitimation nicht in Gilden aufgenommen. Auch schließt sie die Kammergerichtsordnung Part. 1. tit. 3. §. 1. tit. 30. §. 1. von den Beysitzerstellen aus. Zu andern öffentlichen Aemtern werden sie heutiges Tages an allen Orten, wo man vernünftig denkt, zugelassen. Eben so wenig können (2) Abdecker oder Schinder in Zünfte und Aemter gelangen,

langen. Ausser diesen soll, wie der Reichsabsch. von 1577. ausdrücklich sagt, keine Profession oder Handthierung von den Handwerkern ausschliessen.

Ein zweyter hierhergehöriger Stand ist der *status clericalis*. Die Geistliche haben in manchen Stücken andere Rechte als die Laien. S. z. E. §. 126. §. 245. §. 838. §. 885. Ein dritter der Militärstand. Die Bürger sind nach römischem Recht entweder *milites* oder *pagani*; jene thun entweder noch Dienste, oder sind *veterani*. Ein vierter ist der Stand der Personen, welche öffentliche Aemter bekleiden, dergleichen sind magistratus, senatores, etc. Ihnen sind die Privatpersonen entgegen gesetzt. Ein fünfter Stand bezieht sich auf den Gebrauch, den ein Mensch von seinem Vermögen macht. In Rücksicht dessen sind die Menschen entweder Verschwender oder nicht. Der sechste auf die Religion. Ein Mensch bekennet sich entweder zur christlichen Religion oder nicht. Im letzten Fall heißt er ein Unglaubiger (*infidelis*), und insonderheit *apostata*, wenn er die christliche Religion verlassen hat. Im ersten Fall ist er entweder ein orthodoxer Christ oder ein Ketzer (*haereticus.*) Von den Rechten dieser verschiedenen Stände wird gelegenheitlich soviel beygebracht werden, als für die Institutionen gehört.

(1) *Iust. Henn. Boehmer* introd. in ius dig. lib. 1. tit. 5. §. 6. Die Schriften von den Rechten der Embryonen s. in der Lipenischen Bibl. art. nascituri. Ausserdem gehört hierher *Al. Arn. Pagenstecher* diss. de ventre, welche dessen aphorism. ad Inst. edit. 3. beygedruckt ist, und *Io. Alb. Spies* diss. de iure hominum nascicturorum.

(2) Ueber die weibliche Rechte hat man viele Schriften. Die neueste ist Carl Ludw. Röslin Abh. von den besondern weiblichen Rechten, Stuttgard 1775. und 1777 2 Theile in 8.

(3) *Io. Henr. Berger* diss. de privileg. aegrotorum, in diss. select. n. 16.

(4) *Vigl. Zuichemus* ad §. 1. Inst. quib. non est permiss. *Vinn.* ad §. 4. I. de curat *Otto* in not. ibid. *Thomasii* diss. de praesumtione furoris et dementiae §. 7. in collect. diss. tom. 4. p. 352.

(5) *Io. Franc. Fara* de essentia infantis, proximi infantiae et proximi pubertati, in tract. tractat. tom. 8. *Hunnius* resolut. lib. 1. tract. 4. quaest. 10. *Vinn* ad §. 10. I. de inutil. stip. *Io. Harpprecht* ad pr. Inst. de auct. tut.

(6) *Accurs.* ad §. 10. Inst. de inutil. stip. et ad L. 1. D. de novat.

(7) *Cocceii* iur. controv. tit. de pact. Qu. 29. *Vinnius* l. c. *Müller* ad *Struv.* tit. de pact. th. 39. lit *s*. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de privat. delict. verb. *pubertati proximis*. *Hellfeld* iurispr. for. §. 130.

(8) Verworfen wird die infamia facti von *Doncll.* in *commentar.* iur. civ. lib. 18. cap. 6. *Titio* in iur. privat. Lib. 3. p. 3. §. 11. sqq. *Strecker* diss. de non ente civili, infamia facti, §. 25. sqq. *Georg. Lud. Boehmer* diss. de querel. inoff. donat. fratr. §. 10. sqq. *Einert.* diss. praeter unam infamiam iuris nullam exstitere infamiae speciem §. 6. *Selchov.* select. capita doctrinae de infamia, sect. 1. §. 3. sqq. in Elect. iur. germ. p. 444. sqq. Daß die Römer diese Art der Ehrlosigkeit gekannt haben, ist nicht zu leugnen, oder

man müßte glauben, daß schlechte Handlungen bey ihnen nicht eben sowohl Verachtung nach sich gezogen hätten, als bey uns. Auch sagt L. 25. C. ad L. Iul. de adult. cum ancillas compressisse, et non liberas stuprasse detectum sit, ex huiusmodi sententia *gravatam potius opinionem*, quam infamia afflictam esse, manifestum est. Aber sie haben diese Verachtung nicht *infamiam* genennt, und sie hat keine rechtliche Wirkung, ausser der einzigen, daß ein solcher Mensch kein völlig glaubwürdiger Zeuge ist. L. 3. pr. D. de testib. *Stryk* us. mod. Lib. 22. tit. 5. §. 2. *Lauterb.* colleg. theor. pract. eod. tit. § 18.

(9) *Heineccii* diss. de levis notae macula, in syllog. opusc. pag. 266. sqq. S. auch *Georg. Lud. Boehmer* diss. cit. §. 13. sq. *Selchov* diss. cit. §. 5.

§. 63. Eintheilungen der Menschen in Absicht der Freyheit.

Betrachtet man die Menschen in Rücksicht auf den Zustand der Freyheit: so sind sie entweder freye Menschen, oder Sklaven, Knechte, *servi*. Die freye sind entweder Freygebohrne, (ingenui) oder Freygewordene (libertini.) Die Begriffe eines Freyen, Sklaven, Freygebohrnen und Freygewordenen werden alle im folgenden besonders erklärt werden.

§. 64. Begriff des Sklaven und Freyen.

Was ist ein Freyer, was ein Sklave? Wir müssen, ehe wir diese Fragen beantworten können, zuvor untersuchen, was die potestas dominica, die herrschaftliche Gewalt bey den Römern war.

Man bemerke also 1) die Gewalt, (*imperium*, *potestas*), welche ich über einen andern Menschen habe, besteht entweder in dem Recht über diesen Menschen und seine Kräfte zu meinem Nutzen nach Gefallen zu disponiren; oder blos in dem Recht seine Handlungen zu einem gewissen Zwecke zu lenken. Im ersten Fall heist sie *potestas* in eigenthümlichem Verstande, im letztern aber *imperium* im eigentlichen Sinne. Die Gattungen der potestatis im römischen Recht sind die Gewalt eines Herrn über seine Sklaven; (potestas dominica) die väterliche Gewalt, (patria potestas) und die Gewalt des Ehemannes, wofern sich die Frau ihr unterworfen hatte, *si uxor in manum convenerat*. Gattungen des imperii hingegen sind: das *imperium civile*, oder die Gewalt eines Landesherrn über seine Unterthanen; die Gewalt eines Vormunds über seine Pflegbefohlnen; die heutige Gewalt eines Hausherrn über seine Bediente; des Ehemanns über seine Frau.

2) Der Zustand eines Menschen, der sich in der Gewalt eines Herrn (potestate dominica) befindet, heist die Sklaverey, *servitus*. Die eigentliche Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt bey den Römern wird im 8ten Titel gezeigt werden.

3) Frey.

3) Frey heissen die, welche entweder gar nicht in der Gewalt eines Herren sind, oder doch mit Unrecht darin gehalten werden; Sklaven hingegen diejenige, die sich mit Recht in der herrschaftlichen Gewalt befinden. Hieraus folgt a) etwas anders ist liberum esse, und etwas anders in libertate vivere. Jemand kann frey seyn, ob er sich gleich in der Gewalt eines Herrn befindet und also die Freyheit nicht besitzt. Wann mich z. E. Räuber aufheben, und in die Sklaverey verkaufen: so bin ich darum kein Sklave. b) Auch servire oder in servitute esse, und servum esse ist verschieden. Wer sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, servit, in servitute est, aber er ist nicht servus. c) Wann ich einen Menschen als Sklaven besitze, der doch wirklich frey ist, und sich in einer unrechtmäßigen Sklaverey befindet, ohne zu wissen, daß es mit ihm diese Beschaffenheit habe, so sagt man: homo mihi bona fide servit (* 1).

(1) Die vorzüglichste Schrift von dieser Materie ist *Georg d'Arnaud* diss. duae de iure servorum et de his, qui pretii participandi causa sese venundari patiuntur. Leovard. 1744. 4.

§. 65. Rechtssätze vom Sklaven.

Ein Sklave ist ein Mensch; dafür liessen ihn die römische Gesetze gelten. Sie sagen daher auch, daß er *naturaliter* d. i. nach dem Naturrecht verpflichtet werde, wann er einen Contract schliest. *L.* 14. *de oblig. et act.* Sklaven und Sklavinnen, die zu nahe Verwandten sind, dürften einander nicht heyrathen. *L.* 14. §. 2. 3. *de ritu nuptiarum.* Aber im Staate ist er ἀπρόσωπος, keine Person. Er hat kein caput, d. i. keinen bürgerlichen Zustand; er ist im Staate als eine Nulle anzusehen, ist bürgerlich tod, hat gar keine Rechte, weder Rechte der Freyheit, noch Familienrechte, noch Bürgerrechte.

§ 66. Einige Menschen werden als Sklaven gebohren.

Eine gerechte Sklaverey kann auf mancherley Art entstehen. Jemand kann ein Sklave von Geburt an seyn, er kann aber auch frey gebohren seyn, und in die Sklaverey gerathen. Von Geburt an sind Sklaven die Kinder einer Sklavin. Ob dieß dem Naturrecht gemäß sey, ist eine Frage, die nicht hierher gehört. Genug, daß es die römische Gesetze verordnen. Dann die Sklavinnen sind res, mein Eigenthum, so gut als meine Pferde, Kühe und Schaafe. Daher gehört das, was die Sklavin gebiert, eben so gut mein, als was von meinen Stuten, Kühen und Schaafen fällt. Partus sequitur ventrem sagen die Juristen. Wem die Mutter (venter) gehört, dem gehört auch das Kind (partus) als ein Zuwachs.

§. 67. Zuweilen wird ein Freyer zum Sklaven.

Wenn ein freyer Mensch in die Sklaverey fällt, so trägt sich dieses entweder nach dem Naturrecht, oder nach dem römischen Recht zu. Das Naturrecht erklärt die Kriegsgefangene zu Sklaven. So glaubten wenigstens die römische Gesetzgeber. Sie sagen, ich kann meinen Feind im Krieg tödten; bediene ich mich also dieses Rechtes nicht, schenke ich meinem Feinde das Leben, so bin ich befugt ihn zum Sklaven zu machen. Aber wie wenig gründlich dieses Raisonnement sey, haben Montesquieu (* 1) und Rousseau (* 2) gezeigt. Das Recht meinen Feind zu tödten, habe ich nur alsdann, wann ich schlechterdings meines Leibes, Lebens oder Vermögens nicht sicher bin, so lange er lebt. Mache ich ihn zum Sklaven, so gebe ich zu erkennen, daß ich auch bey seinem Leben sicher seyn könne. Ich hatte also kein Recht ihn zu tödten.

Noch ein paar Etymologien zeigt unser Autor an, die im §. 3. I. h. t. vorkommen. Servus soll daher seinen Namen haben, quia *servatus* non occisus est; mancipium aber quia *manu captum* est.

In der Anmerkung steht, diese und ähnliche Etymologien seyen Reliquien von stoischer Philosophie, die Stoiker hätten bey ihren Herleitungen nicht auf die Sprachregeln gesehen, sondern Allusionen gemacht, und dieses hätten die Juristen, als ächte Stoiker nachgeahmt. Ueber die angebliche Stoicismen in unserm corp. iuris habe ich schon oben meine Meynung gesagt. (§. 18.) und wiederhole sie auch hier. Richtig ist übrigens, daß die römische Juristen seltsame Wortleitungen geben. Sie suchen die einzelne Kennzeichen einer Idee in den Sylben des Worts auf, das diese Idee bezeichnet. *Testamentum* soll daher benennt seyn, weil es eine testatio mentis ist; *mutuum*, quia ex meo fit tuum; *diuortium*, weil zwischen solchen Ehegatten eine diversitas mentium sey. Mit eben so vielem Grund leitete jemand asinus von dem Griechischen Privativ α und sinus her, weil man einen Esel nicht auf den Schooß setze, und einen Bischof von beissen und Schaaf, weil er die Schaafe beisse.

(1) Esprit des loix, Livre 15. chap. 2.
(2) Contract social, Livre 1. chap. 4.

§. 68. Fortsetzung.

Nach neuerem römischen Recht werden 1) Sklaven, diejenige, die sich freywillig als Sklaven verkaufen lassen, in der Absicht den Käufer um den Kaufschilling zu betrügen, wofern sie älter als 20 Jahre sind. Ein freyer Mensch ließ sich von einem andern Betrüger als Sklaven verkaufen; berief sich hernach auf seine Freyheit; gab vor, der Verkäufer habe ihn in einer unrechtmäsigen

mäsigen Sklaverey gehalten, und wann er nun los kam, theilte er den Kaufschilling mit seinem Helfershelfer. Ein solcher Mensch soll vermöge eines Senatusconsult, das unter Kayser Klaudius gemacht wurde, zur Strafe ein Sklave bleiben, wann er über 20 Jahr alt ist (* 1). Dann ist er jünger: so wird seinem Unverstand etwas zu gut gehalten. Wie aber wenn sich ein Mensch aus Noth ehrlich und öffentlich in die Sklaverey begab, wurde er nicht auch dann ein Sklave? Nein, dieß hielten die Römer nicht für erlaubt. Servitus voluntaria pactitia ist im römischen Recht ganz unbekannt. L. 37. D. de liberali causa (* 2).

2) Kann jemand in die Sklaverey fallen, wann er gegen seinen Patron undankbar ist. Wann ich einen Sklaven frey lasse, so heist er mein *libertus*, ich sein Patron. Begehe ich gegen ihn eine Undankbarkeit, leiste ihm das nicht, was ich ihm schuldig bin, (§. 81. 82.) bezeige mich stolz und widerspenstig gegen ihn, füge ihm Beleidigungen zu: so kann er mich in die Sklaverey zurückziehen (* 3).

3) Kann man eines Verbrechens wegen ein Sklave, (servus poenae) werden. Nemlich nach den alten römischen Gesetzen, konnte kein freyer römischer Bürger am Leben gestraft werden. Weil aber doch das Wohl des Staates Todesstrafen zu erfordern schien: so erklärte man die Delinquenten, welche man am Leben strafen wollte, zuvor für Sklaven, und diese Sklaverey hieß *servitus poenae*. Sie zog die Confiscation des Vermögens natürlicher Weise nach sich; dann ein Sklave konnte kein Vermögen besitzen. Justinian aber hat diese zum Besten der nächsten Verwandten aufgehoben. Er nemlich in der Nov. 22. verordnet, daß wann ein zum Tode verurtheilter Missethäter Descendenten, Kinder, Enkel, Urenkel ꝛc. oder Ascendenten bis auf den dritten Grad, das heist Eltern, Groseltern oder Urgroseltern hinterläßt, diese ihn erben und das Vermögen nicht confiscirt werden soll. Wann aber dergleichen Verwandten nicht vorhanden sind, so hat die Confiscation statt.

Eine Sklaverey, die auf eine der vorhin beschriebenen (§. 69. 70.) Arten entstand, hieß *servitus iusta*, eine jede andere *servitus iniusta*. Wann also z. E. jemand von Strasenräubern aufgehoben und verkauft wird, so ist er in servitute iniusta. Man verwirre nur nicht servitutem iustam mit einer erlaubten Sklaverey, und servitutem iniustam mit einer unerlaubten. Eine Sklaverey kann erlaubt, gesetzmäsig seyn, und ist doch iniusta. Wann z. E. jemand so viele Schulden hatte, daß er nicht zahlen konnte: so schlug man ihn den Glaubigern als Sklaven zu. Dieses war eine gesetzmäsige Sklaverey, und doch servitus *iniusta*. Eben so wann der Vater seinen Sohn verkaufte, welches er nach dem

alten römischen Recht thun konnte; (§. 106. n. 2.) oder wann der Sohn ein Verbrechen z. E. ein Diebstahl begieng, und der Vater ihn zur Ersetzung des Schadens hingab, (noxae dabat filium) welches er auch zu thun befugt war: (§. 106. n. 3.) so war in beyden Fällen der Sohn in einer erlaubten von dem Gesetz gebilligten Sklaverey. Indessen war sie doch nicht iusta. Wann also der Schuldner oder der Sohn aus dieser Sklaverey wieder frey gelassen wurde: so war er kein libertinus, sondern ein ingenuus, ein freygebohrner Mensch.

(1) Indessen scheint dieß schon vorher Rechtens gewesen und unter K Claudius nur bestätigt worden zu seyn. *Kamos* del *Manzano* de venditione liberi hominis ad L 23. D. de lib. cauf. apud *Meermann* in thesaur. tom. 7. p. 201. sqq. ausführlich handelt von dieser ganzen Sache *d'Arnaud* in der §. 64. angeführten Schrift

(2) Doch sehe man *Car. Ferd. Hommel* diss. de servitutis per pactum constitutione §. 6. sqq.

(3) *Iac. Henr. Born* diss. de poenis ingratorum libertorum apud Romanos, Lipf. 1738.

§. 69. Verschiedener Zustand der Sklaven.

Die Sklaven waren in Absicht auf den Staat, auf die bürgerliche Gesellschaft alle gleich; dann keiner hatte Rechte, keiner war eine Person, sie waren alle wie todte. Auch hatte der Herr über einen Sklaven so viel Recht als über den andern. Indessen verursachten doch die persönliche Eigenschaften der Sklaven im Hause des Herrn einen merklichen Unterschied unter ihnen. Ein Sklave, der eine Kunst, oder Wissenschaft verstand, wurde besser gehalten, als einer der nichts als grobe Handarbeiten thun konnte; einer der sich durch Fleiß und Treue auszeichnete, wurde werther geachtet, als ein anderer. Auch die *statu liberi* und *coloni* waren besser daran, als andere Sklaven. *Statu liber* hieß ein Sklave, dem die Freyheit nach einer gewissen Zeit oder unter einer gewissen Bedingung versprochen war. Dieser wurde, wann er ein Verbrechen begieng, nicht als ein Sklav, sondern als ein freyer Mensch bestraft. Nemlich die Sklaven wurden mit andern Strafen belegt, als freye Menschen. Einen freyen Bürger kreutzigte man z. E. nicht, wohl aber einen Sklaven. Mit dem *servo colono* hat es folgende Bewandniß. Ein Sklav den sein Herr auf sein Landgut gesetzt hat, um es zu bauen, heist *servus adscriptitius*, oder *glebae adscriptus*. Dieser war entweder ein wahrer Sklave, oder er hatte eine Art von unvollkommener Freyheit. Im letzten Fall heist er colonus. Ein solcher colonus hatte das ius connubii und konnte etwas eigenes besitzen. Wann er nemlich dem Herrn seine Abgaben entrichtet hatte, so war der übrige Erwerb sein eigen; kurz er war ungefehr das, was unsre Leibeigne sind (* 1).

(1) Doch

(1) Doch nicht völlig, wie Leyser Sp. 16. med. 2. glaubt. Man s. G. L. Böhmer in praef. ad Tom. 1. Exercit. patern. ad pand. S. XVIII. u. f. f.

§ 70. Von der heutigen Sklaverey.

Wir haben heutzutage 1) **wahre Sklaven** im Sinne des römischen Rechts, 2) **Leibeigene**; 3) **freye Knechte und Mägde.** Wahre Sklaven sind die Negersklaven und die gefangene Türken (* 1). Denn da die Türken unsere Kriegsgefangene zu Sklaven machen, so verfahren wir mit den ihrigen auf gleiche Weise. Die Türkensklaven trifft man jetzt in Deutschland wohl nicht an, da wir so lange keine Kriege mit den Türken geführt haben. Negersklaven aber werden zuweilen aus Holland und andern Reichen zu uns gebracht. Beyde Arten von Sklaven sind nach römischem Recht zu beurtheilen (* 2). Dann das römische Recht ist im ganzen angenommen. Der König in Preussen hat diese Sätze durch eine eigenhändige Resolution bestätiget, indem er erkannt hat, daß ein in Koppenhagen erkaufter und in die Preußische Lande eingebrachter Mohr, blos aus dem Grunde, weil er im Preußischen lebe, nicht auf die Freyheit provociren könne (* 3). Wir haben aber auch in Deutschland Leibeigene. Diese sind keine freye Leute, sondern leben in der Knechtschaft. Dann der Herr hat auf ihre Person ein Eigenthumsrecht. Man kann sie 1) veräusern, verkaufen, verschenken, u. s. w. An einigen Orten nur mit dem Gut, an andern auch ohne das Gut. 2) Sie können ohne Erlaubniß des Herrn vom Gut nicht wegziehen, (fundo adscripti sunt), und wann sie es thun, so hat der Herr das Recht, sie zu vindiciren, das **Abforderungsrecht, Besatzungsrecht.** 3) Sie müssen Dienste von mancherley Art, Handdienste, und Spanndienste leisten; zuweilen gemessene, zuweilen ungemessene; auch 4) Abgaben entrichten, die man **Leibzinsen** nennt. 5) Müssen sie für die Erlaubniß zu heyrathen an vielen Orten ein Stück Geld bezahlen; es heist **Bedemund, Hemdschilling, Frauenzins** u. d. g. und 6) bekommt der Herr an manchen Orten etwas aus der Verlassenschaft des Leibeigenen. Dieses ist bald ein gewisses Stück Geld, bald ein Theil der Mobiliarverlassenschaft, bald etwas anders. Indessen sind sie doch von den römischen Sklaven unterschieden. Dann sie haben das ius connubii, das heist: wenn sie heyrathen, so hat ihre Ehe alle Wirkungen, welche die Ehe freyer Menschen hat. Man s. unten §. 126. Sie können Eigenthum haben. Wann sie dem Herrn ihre Dienste und Abgaben geleistet haben, und alsdann noch etwas erwerben können, so gehört es ihnen. Ueber dieses ihr Eigenthum können sie auch Contracte, Kauf, Tausch, Miethcontracte schliessen. Endlich haben sie, wenigstens in vielen deutschen Provinzen, das Recht ein Testament zu machen. Die weitere Ausführung dieser Sache gehört nicht in die Institutionen, sondern in das deutsche Recht. In Deutsch-

land giebt es auch freye Knechte und Mägde, die ihre Dienste einem Herrn vermiethen. Sie sind schuldig, den versprochenen Dienst zu thun, und der Herr ist verbunden, ihnen die ausbedungene Kost und Lohn zu reichen. Wann sie ihre Schuldigkeit nicht thun, so ist der Herr befugt sie zu züchtigen (* *). Sie haben übrigens alle Rechte anderer freyer Personen.

(1) *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 1. §. 10. et not. p. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 254. der zweyten Ausg.
(2) *Summermann* ad Prota pandect lib. 1. tit. 5. §. 60.
(3) Beyträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten sechste Sammlung.
(4) Struben rechtl. Bed. 3 Th. 39. Bed.

§. 71. Eintheilung der freyen Menschen.

Bisher haben wir gesehen, was bey den Sklaven Rechtens war. Wir gehen nun zu den freyen Personen. Diese sind entweder freygebohrne oder freygelassene. Die Rechte der freygebohrnen kommen im vierten, die Rechte der freygelassenen im fünften Titel vor.

TIT. IV.

De Ingenuis.

§. 72. Was ist ein ingenuus.

Das Wort ingenuus wird in den verschiedenen Zeiten Roms in verschiedenem Verstande genommen. Zu den Zeiten der 12 Tafeln hieß einer nur alsdenn *ingenuus*, wenn sein Vater schon ein freygebohrner Mensch gewesen war. War also mein Vater freygelassen worden, so war ich kein ingenuus. In den mittlern Zeiten heist einer ingenuus, dessen Vater nur frey gewesen war, er mochte nun freygebohren oder freygelassen seyn. Wann also ein freygelassener Sklave Kinder zeugte: so waren diese ingenui. Endlich in den neuesten Zeiten sah man blos auf die Person der Mutter. War diese eine freye Person, freygebohren oder freygelassen, so waren die Kinder ingenui, der Vater mochte nun seyn, wer und was er wollte. Also nach dem neuen römischen Recht ist ein ingenuus ein Mensch, der von einer freyen Mutter gebohren, und nie in einer rechtmäßigen Sklaverey, (servitute iusta) gewesen ist. Der letzte Charakter ist wohl zu bemerken. Dann wann ich gleich von einer freyen Mutter gebohren, aber in einer rechmäßigen Sklaverey gewesen bin: so bin ich kein ingenuus mehr; sondern ein liberti-

nus.

nus. Hingegen wenn ich von einer freyen Mutter gebohren, und in einer unrechtmäsigen Sklaverey (servitute iniusta) gewesen bin: so bleibe ich ein ingenuus. Man s. §. 68.

Anmerkung. 1) Das Wort ingenuus kommt entweder von *gignere* her; dem ingenuus ist die Freyheit angebohren, ingenita est libertas; oder von *genus;* die Freyheit steckt bey ihm in der Art, in genere.

2) Die ingenui heissen zuweilen schlechtweg und vorzugsweise liberi, obgleich die freygelassene auch liberi sind. Z. E. in der angeführten L. 4. heist es die Menschen seyen dreyerley, *liberi*, *liberti* und *servi*. Offenbar bedeutet hier das Wort liberi die ingenuos.

§. 73. Fortsetzung.

Ingenuus ist, wer von einer freyen Mutter gebohren ist. Dieses wird in diesem Paragraph noch näher erklärt. Es ist nemlich nicht nöthig, daß die Mutter ihr ganzes Leben hindurch frey war. Wann sie nur frey war zur Zeit der Conception, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerschaft einen Augenblick lang: so ist das Kind schon ingenuus. Man denke sich den Fall, daß eine freye römische Weibsperson nach der Conception in die feindliche Gefangenschaft fiel; oder daß eine gefangene Römerin in der Gefangenschaft das Kind concipirte, und während der Schwangerschaft wieder frey wurde. In beyden Fällen war das Kind ein ingenuus. Dieser Satz ist wie der §. sagt ob favorem ingenuitatis angenommen. Die Gesetzgeber begünstigen die Ingenuität, sie wollen lieber, daß ein Mensch ingenuus, als daß er libertinus sey. Daher erfordern sie nicht, daß die Mutter ihre ganze Lebenszeit hindurch frey gewesen sey, sondern sind damit zufrieden, wann sie es nur in einem der vorhin bestimmten Zeitpuncte war.

TIT. V.

De Libertinis.

§. 74. Was ist ein Freygelassener.

Libertinus ein Freygelassener heist, der von einer rechtmäsigen Sklaverey, servitute iusta, befreyt worden ist. Wenn ich also entweder (*1) als Sklave gebohren, und nachher freygelassen worden bin, oder wann ich ein

Freygebohrner war, und nachher in eine rechtmäsige Sklaverey gerieth, nun aber wieder davon frey werde; so bin ich in beyden Fällen libertinus. (* 2)

(1) Man s. *Thomasii* diss. de usu pract. distinct. hom. in ingenuos et libertinos C. 1. § 11. not. N.

(2) Die vorzüglichste Schrift in dieser Materie ist *Guil. a Loon* Eleutheria sive de manumissione servorum apud romanos libri 4. Ultrai. 1685. 12. in Poleni thesauro antiq. Tom. III. n. 6.

§. 75. Verschiedene Gattungen der Freygelassenen.

Die Befreyung aus der Sklaverey geschieht bisweilen *ipso iure*, das heist, weil es die Gesetze wollen, ohne Zuthun des Herrn; meistens aber durch die **Manumission**, oder **Freylassung**. Ipso iure wurde ein Sklav frey, wann er den gewaltsamen Tod seines Herrn der Obrigkeit anzeigte; wann er Krankheitswegen vom Herrn ausgestossen wurde; wann er einen falschen Münzer, Jungfrauenräuber, oder Deserteur entdeckte; wann ein jüdischer Sklave die christliche Religion annahm, u. s. w.

Die Manumission ist die **Handlung des Herrn, wodurch er seinen Sklaven für frey erklärt.** Der Sklave war ein res, eine eigenthümliche Sache. So gut, als ich meine andere Sachen veräussern kann, so gut kann ich auch meinem Eigenthum über den Sklaven entsagen, und ihn freylassen.

§. 76. Die Freylassung ist entweder feyerlich oder nicht.

Man hatte aber zweyerley Arten einen Sklaven frey zu lassen; **feyerliche und nicht feyerliche.** Die feyerliche waren grösstentheils in den ältesten Zeiten schon bekannt, die nicht feyerliche wurden erst in den neuern Zeiten üblich. Zu den feyerlichen gehört manumissio *per censum*, *testamentum*, *vindictam*, wozu noch neuerlich manumissio *in sacro sanctis ecclesiis* kam. Nemlich alle 5 Jahre mußte ein jeder römischer Bürger vor dem Censor erscheinen, seinen Namen, Alter, seine Kinder und sein Vermögen angeben; dieß wurde in ein Protokoll (tabulas censuales) eingetragen; und diese ganze Anstalt hieß Census. Wann nun der Herr seinen Sklaven in das öffentliche Protocoll als einen freyen Menschen einzeichnen ließ, so war dieß *manumissio per censum*. Erklärte der Herr in einem Testament den Sklaven für frey: so war es manumissio *per testamentum*. Und wann endlich der Herr vor der Obrigkeit, in Rom vor dem Prätor, Consul, (§. 36.) in den Provinzen vor dem Gouverneur (proconsul) mit gewissen Ceremonien den Sklaven frey ließ; so hieß es manumissio *per vindictam*. Der Name soll daher kommen, weil der erste auf diese Art freygelassene Sklave Vindicius hieß. Endlich *manumissio in sacro sanctis ecclesiis* bestand darin, daß man vor der christlichen Gemeinde

Gemeinde in der Kirche den Sklaven für frey erklärte, und ihm einen Freylaßbrief gab, den die Geistliche als Zeugen unterschrieben.

§. 77. Gattungen von beyden Arten.

Die feyerliche Arten frey zu lassen waren bestimmt. Ihrer waren vier, die im vorigen §. beschrieben worden sind. Die nicht feyerliche Arten der Freylassung aber lassen sich nicht zählen; denn so oft der Herr auf irgend eine Weise mit Worten oder Werken erklärte, daß sein Sklave frey seyn sollte; so geschah es. Die gewöhnlichste Arten, ohne Feyerlichkeiten frey zu lassen, hat unser Autor genannt. Sie sind 1) *per epistolam.* Man gab dem Sklaven einen Laßbrief; ein schriftliches Document, daß er frey seyn sollte. Nach Justinians Verordnung sollen 5 Zeugen diesen Laßbrief unterschreiben. 2) *Inter amicos.* Der Herr erklärte in Gegenwart von 5 Zeugen mündlich den Sklaven für frey. 3) *Per conuiuium*, die Sklaven sassen nicht mit zu Tische, so wenig als bey uns, unter Leuten von einigem Stande, die Knechte und Mägde. Wer also seinem Sklaven erlaubte, mit ihm zu Tische zu sitzen, der erklärte ihn eben dadurch für frey. 4) *Per nominationem filii.* Wenn ich meinen Sklaven vor Gericht für meinen Sohn erkläre, an Kindesstatt annehme, so wird der Sklave zwar dadurch kein Sohn von mir, (denn es stehet nicht in der Macht des Herrn seinem Sklaven die Rechte eines ingenui zu ertheilen) aber doch ein freyer Mensch.

§. 78. Rechte der Freygelassenen.

Nach den alten römischen Gesetzen waren die Rechte aller freygelassenen einerley. Nemlich alle Freygelassene wurden nicht nur freye Leute, sondern erhielten auch, wenn sie in Rom blieben, das römische Bürgerrecht. Der römische König Servius Tullius hatte dieses verordnet. Unter seinen Gesetzen war eines, welches sagte: ut libertini, nisi vellent in patriam redire, ius civium romanorum consequerentur.

§. 79 Fortsetzung.

Als aber die Römer viele Siege über auswärtige Nationen erfochten, und viele Kriegsgefangene machten; so ward die Anzahl der Sklaven in Rom sehr gros. Manche waren so glücklich von ihren Herrn die Freylassung zu erhalten, und darunter war denn eine ziemliche Menge Taugenichtse und liederliches Gesindel. Man hielt es daher zu Augusts und Tiberius Zeiten nicht mehr für rathsam, allen freygelassenen das römische Bürgerrecht zu ertheilen; sondern es wurde durch legem Aeliam Sentiam verordnet, daß ein freygelassener nur alsdenn das römische Bürgerrecht erhalten sollte, wenn er einen unbefleckten guten Namen hatte, und durch legem Iuniam Norbanam, daß er

es

es nicht anders erhalten sollte, als wenn er auf eine feyerliche Art manumittirt worden war. War also ein Sklav einmal wegen eines Verbrechens öffentlich bestraft worden, so konnte er das römische Bürgerrecht nicht erhalten.

§. 80. Fortsetzung.

Justinian hat diese Gesetze aufgehoben, das alte römische Recht wieder eingeführt, und allen Freygelassenen das Bürgerrecht ertheilt. Ja er ist noch weiter gegangen, und hat die ganze Distinction zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen bis auf das ius patronatus abgeschafft. Dieses Recht also macht nun den einzigen Unterschied unter beyden Arten von Menschen aus.

§. 81. Vom Patronatrechte.

Man versteht darunter den Inbegriff von Rechten, welche ein Patron über seinen libertum hatte. Wann ich nemlich einen Sklaven frey lasse, so heist er mein *libertus*, ich sein *patronus*. Ein libertus hatte seinem Patron viel zu danken. Er war ihm die Freyheit, ein unschätzbares Gut schuldig. Er hatte es ihm zu danken, daß er eine Person geworden war, und Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft geniessen konnte. Daher wurde der Patron als der nächste Verwandte, als der Vater des Freygelassenen angesehen, und der Freygelassene nahm auch den Namen des Patrons an.

§. 82. Fortsetzung.

Daher war ferner der libertus dem Patron 1) Ehrerbietung schuldig, und wann er diese verletzte, so konnte er in die Sklaverey zurückgezogen werden. (§. 68.) 2) Der libertus war dem Patron operas officiales schuldig, aber keine fabriles, wann er sie ihm nicht feyerlich versprochen hatte. Nemlich die Dienste, welche dem Patron blos zur Ehre gereichten, hiessen officiales; die aber, welche ihm nützlich waren, hiessen fabriles. Wann z. E. der Patron um ein obrigkeitliches Amt nachsuchte, und als Candidat auf das Marsfeld gieng: so mußten ihn seine Freygelassene begleiten, und dieß war ein opera officialis. Wann hingegen der Freygelassene dem Patron Schuhe oder Kleider verfertigte: so leistete er ihm operas fabriles. 3) Erbte der Patron von dem Freygelassenen, wann dieser ohne Kinder starb, zuweilen das ganze Vermögen, zuweilen ein Drittheil, wie in dem Titel de successione libertorum (Lib. 3. Tit. 8.) gezeigt werden wird.

§. 83.

§. 83. Vom heutigen Gebrauche dieser Materie.

Daß wir von den verschiedenen Arten der römischen Manumissionen heut zu Tage nichts wissen, ist ausser Zweifel. Wer einen Leibeigenen frey lassen will, giebt ihm ein Document, das ein Laßbrief heist, und ein solcher Leibeigener ist nun so frey, als ein anderer Mensch; das Patronatrecht fällt bey ihm weg. Ob aber dies auch behauptet werden kann, wann jemand einen Negersklaven frey läßt, daran zweifle ich. Ich glaube, daß in diesem Fall das römische Recht angewandt werden müsse; folglich dem Freylasser die Patronatrechte über den Freygelassenen allerdings zustehen.

§. 84. Klagen aus dem Zustand der Freyheit.

Aus dem Zustand der Freyheit entstehen vier Klagen. 1) *Actio praeiudicialis de statu libertatis negativa* (* 1), wann der Herr gegen den Sklaven klagt, der sich für einen freyen Menschen ausgiebt, und im Besitz der Freyheit ist. Der Herr muß bey dieser Klage seine herrschaftliche Gewalt (potestatem dominicam) beweisen. 2) *Actio praeiudicialis de statu libertatis affirmativa.* Ein freyer Mensch, der sich in einer ungerechten Knechtschaft befindet, stellt sie gegen seinen anmaßlichen Herrn an; und bittet, daß man ihn für frey erkläre. Auch hier muß der Kläger den Beweis seines Klaggrundes führen, nemlich die Freyheit beweisen. Nach dem alten römischen Rechte konnte er nicht selbst klagen, sondern ein anderer mußte es thun, welcher assertor hieß. Allein nach der angeführten L. 1. Cod. de assert. toll. kann er in eigener Person, oder auch durch einen Bevollmächtigten klagen. Beyde Klagen werden übrigens unter dem Namen *liberalis causa* begriffen, und können auch bey Leibeigenen angewendet werden; oder wie die Juristen reden, sie haben bey den Sklaven directe, bey den Leibeigenen utiliter statt. Wann sich nemlich mein Leibeigener für einen freyen Menschen ausgiebt: so kann ich ihn *actione de libertate negativa utili* belangen, und wann ein freyer Mensch mit Unrecht als Leibeigener behandelt wird, so kann er *actionem de libertate affirmativam utilem* anstellen. Die dritte hieher gehörige Klage ist actio de ingenuitate *negativa.* Wenn sich mein Freygelassener die Rechte eines ingenui anmaßt, und sich im Besitz derselben befindet: so stelle ich diese Klage gegen ihn an, und bitte, ihn für meinen Freygelassenen zu erklären, und mir die Patronatrechte über ihn zuzusprechen. Endlich die vierte ist *actio de ingenuitate affirmativa.* Sie wird von einem Freygebohrnen angestellt, wann sich jemand mit Unrecht die Patronatrechte über ihn anmasset, und in deren Quasi-Besitz ist. Das Gesuch ist: den Kläger für einen freygebohrnen Menschen zu erklären, und dem Beklagten zu befehlen, daß er sich des angemaßten Patronatrechts enthalte.

(1) Einige z. E. *Suendendoerfer* de act. forenſ. cap. 2. art. 1. 2. und Schmidt in ſeinem Lehrbuche von Klagen, §. 249. der 2 Ausg. nennen die Klage, welche der Herr anſtellt, affirmativam, und die entgegen geſetzte negativam.

TIT. VI.

Qui et ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.

§. 85. Die Freylaſſungen ſind durch das Aeliſch Sentiſche Geſetz eingeſchränkt.

Die Römer fingen in den letzten Zeiten des Freyſtaates, als der Luxus und das Verderben der Sitten überhand nahm, an, auch in den Freylaſſungen der Sklaven auszuſchweifen. Wann z. E. ein Sklave ſeinem jugendlichen Herrn in allen Laſtern und Ausſchweifungen behülflich war, ſo hielt er ſich die Manumiſſion zur Belohnung aus. Ein verſchuldeter Herr ließ oft ſeine Sklaven los, und nach ausgebrochenem Concurs bey ihnen eine Zuflucht zu finden, that aber eben dadurch ſeinen Glaubigern einen offenbaren Schaden. Daher wurde im Jahr 757. die ſchon vorhin (§. 79.) angeführte lex Aelia Sentia gemacht, welche, auſſer den dort angezeigten Verordnungen, auch folgende zwey enthielt.

§. 86. Fortſetzung.

Daß 1) die von einem verſchuldeten Menſchen zum Schaden ſeiner Glaubiger geſchehene Freylaſſung ungültig ſeyn ſollte; 2) daß ein Menſch vor dem zwanzigſten Jahre ſeines Alters nicht anders manumittiren ſollte, als vor einem dazu beſtellten Collegium, dem er eine hinlängliche Urſache der Freylaſſung anzeigen und beweiſen mußte.

Anmerkung. Lex Aelia Sentia hat noch mehrere Verordnungen enthalten. Unſer Autor hat in ſeinen Antiquitäten am a. O. 14. Capitel dieſes Geſetzes geſammlet, und mit einem Commentar erläutert.

§. 87. Abſchaffung dieſes Geſetzes.

Juſtinian hat die legem Aeliam Sentiam zum Theil abgeſchafft. Denn nach dieſem Geſetz konnte ein Menſch vor dem zwanzigſten Jahre nicht anders manumittiren, als unter den Lebendigen. Er mußte vor dem Manumiſſionscollegio erſcheinen, und die Urſache der Manumiſſion darthun. Alſo

in

in einem Testament konnte er gar nicht manumittiren. Justinian aber hat dieses erlaubt. In den Institutionen giebt er einem Menschen nach zurückgelegtem 17ten Jahre die Erlaubniß im Testament freyzulassen. In der Nov. 110. geht er noch weiter, und verstattet dieses jedem, so bald er nur mündig ist. In so weit also ist lex Aelia Sentia aufgehoben. Hingegen was die Manumission unter den Lebendigen betrifft, so hat Justinian an diesem Gesetz nichts geändert (* 1).

(1) *Branchu* obs. iuris cap. 8.

TIT. VII.

De Lege Fusia Caninia tollenda.

§. 88. Auch das Fusisch-Caninische Gesetz schränkte die Freylassungen ein.

Ein zweytes Gesetz aus Augusts Zeiten, wodurch man die allzuhäufige Manumissionen einzuschränken suchte, war lex Fusia Caninia. Es betraf die in Testamenten enthaltene Freylassungen. Die Römer liessen zuweilen aus übelverstandener Barmherzigkeit oder aus Ehrbegierde auf dem Todbette alle ihre Sklaven frey. Denn die freygelassene begleiteten die Leiche, und eine grosse Anzahl derselben gab dem Verstorbenen das Ansehen eines reichen und zugleich freygebigen Mannes. Lex Fusia Caninia verordnete daher, daß man nur eine gewisse Zahl seiner Sklaven im Testamente sollte freylassen können. 1) Wer 10 oder weniger Sklaven hatte, durfte nur die Hälfte manumittiren. 2) Wer zwischen 10 und 30 besaß, konnte ein Drittel davon freylassen. 3) Hatte jemand zwischen 30 und 100, so konnte er dem vierten Theil die Freyheit geben. 4) Wann einer zwischen 100 und 500 hatte, so durfte er den fünften Theil los lassen. 5) Hatte jemand endlich über 500 Sklaven, so durfte er 100, und nie mehr, manumittiren.

§. 89. Aufhebung dieses Gesetzes.

Justinian hat auch dieses Gesetz aufgehoben. Der Grund, den er anführt, ist: es sey unbillig einem Sterbenden zu verbieten, was ein Mensch bey gesunden Tagen thun dürfe. Da also ein Gesunder alle seine Sklaven freylassen könne, so müsse dieses auch einem Sterbenden erlaubt seyn. Allein dieser Grund ist nichts weniger als bündig. Einem Gesunden braucht man das manumittiren nicht zu verbieten, es streitet mit seinem Vortheil, er

braucht seine Sklaven. Ein Sterbender hingegen kann leicht durch Barmherzigkeit oder Ehrgeitz verleitet werden, mehr Sklaven frey zu lassen, als dem allgemeinen Besten zuträglich ist (* 1).

(1) *Ephr. Gerhard* diss de lege Fusia Caninia, a Iustiniano sublata, (Ien. 1707.) §. 15. 16. Die Ursachen, welche den Justinian bewogen, die alte Gesetze über die Manumissionen aufzuheben, untersucht *Quirin. Gottfr. Schacher* diss. de Iustiniano manumissionum fautore, Lipsi. 1735.

De statu Civitatis.

§. 90. Eintheilung der Menschen in Rücksicht auf diesen Zustand.

Der zweyte status civilis ist status civitatis (§. 62.) In Rücksicht auf diesen Zustand sind die Menschen entweder Bürger oder Fremde; aut *cives* aut *peregrini*. In den alten Zeiten Roms war dieses eine Distinction von der grösten Wichtigkeit. Denn das römische Bürgerrecht (ius civitatis romanae, ius Quiritium) begriff sehr grosse und ansehnliche Rechte. Das ius civitatis publicum begriff das ius census, militiae, tribus, suffragiorum, honorum; das ius civitatis privatum aber das ius sacrorum, agnationis, gentilitatis, usucapionis, commerciorum, connubii, patriae potestatis, hereditatis. Hier ist nicht der Ort, dieß alles aus einander zu setzen. Man findet die Ausführung in des Sigonius Buch de antiq. iur. civ. rom. L. I. Cap 6. seqq und in unsers A. Antiquitäten Append. lib. 1. cap. 1. §. 23. sqq. In den alten Zeiten hielt es sehr schwer, wenn ein Volk das römische Bürgerrecht erhalten wollte. Zuerst bekamen es in gewisser Maasse die Einwohner von Latium; nachher die sämmtliche Bewohner Italiens; endlich gab ein Kayser Antoninus die Verordnung, daß alle freygebohrne Unterthanen des römischen Reichs das römische Bürgerrecht haben sollten. Ob M. Aurelius Antoninus, oder Antoninus Caracalla der Urheber dieser Verordnung ist, desgleichen ob Menschenliebe oder Eigennutz deren Grund war, ist zweifelhaft. Spanheim (* 1) hält den K. Caracalla für den Gesetzgeber, und Geiz für den Grund des Gesetzes. Nach seiner Meynung hatte Caracalla keine andere Absicht, als daß alle römische Unterthanen die Abgaben bezahlen sollten, die bisher nur von römischen Bürgern entrichtet worden waren (* 2). Als Justinian den Unterschied zwischen Freygebohrnen und Freygelassenen grösstentheils aufhob, (§. 80.) so erhielten nun auch die Freygelassene das römische Bürgerrecht. Der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden verlohr also seinen Nutzen grösstentheils; nicht gänzlich,

gänzlich, denn in Ansehung der Ausländer, die keine römische Unterthanen waren, behielt er seine Wirkungen. Justinian hat seiner in den Institutionen gar nicht gedacht, entweder weil er ihn nicht für sehr erheblich hielt, oder weil er ihn zum römischen Staatsrecht rechnete, welches er in den Institutionen nicht vertragen wollte.

(1) Ez. *Spanheim* in orbe rom. Exerc. 2. Cap. 1. sqq.

(2) Man s. aber *Io. Paul. Mahner* comment. de M. Aurelio Antonino constitutionis de civitate universo orbi romano datae auctore Hal. et Helmst. 1772. 8. worinn verschiedene nicht unerhebliche Zweifel gegen die Spanheimische Meynung vorgetragen werden.

§. 91. Heutiger Gebrauch dieser Eintheilung.

K. Friederich II. hat in der Auth. omnes peregrini Cod. commun. de success. den Unterschied zwischen Fremden und Einheimischen *quoad usum iuris communis*, also nicht gänzlich, aufgehoben. Das heist: die Fremde haben vermöge dieses Gesetzes in Deutschland der Regel nach dieselbige Rechte, welche den Bürgern zustehen. Ich sage der Regel nach. Eine Ausnahme hat statt erstlich der Retorsion wegen. Wenn man den Deutschen in einem fremden Staate gewisse Rechte versagt, so versagen wir sie den Unterthanen dieses Staates auch. Hierher gehört das *ius Albinagii*, *le droit d'Aubaine*. Es besteht darin: daß wenn in Frankreich ein Fremder stirbt und keine im Reich gebohrne Kinder hinterläßt, sein Vermögen dem König heimfällt. Dieß wendet man in Deutschland auch gegen die bey uns sterbende Franzosen an. Wir confisciren das Vermögen derselben; anderer Fremden ihres aber nicht. Indessen ist dieses droit d'Aubaine seit einiger Zeit durch Conventionen zwischen der Krone Frankreich und fast allen Reichsständen aufgehoben. Nur gegen die Brandenburgische, Churfürstl. und Herzogliche Braunschweigische Unterthanen wird es in Frankreich noch ausgeübt (* 1). Die zweyte Ausnahme hat statt, wenn jemand zur Strafe durch die Reichsacht oder Landesverweisung seines Bürgerrechts beraubt wird. In diesem Fall kann er die Rechte der Bürger nicht mehr geniessen. Endlich die dritte Ausnahme kommt vor, wann durch specielle Gesetze den Bürgern besondere Vorrechte vor den Fremden zugestanden werden. Dergleichen Gesetze giebt es in Deutschland, und zwar dreyerley. Einige betreffen das ganze deutsche Reich, andere die einzelne Provinzen, noch andere einzelne Orte. Daher giebt es in Deutschland ein dreyfaches Bürgerrecht: das allgemeine deutsche, das provinziale und das locale.

Das allgemeine deutsche ist der Inbegriff der Rechte, welche einem aus dem Grunde zustehen, weil er ein Unterthan und Mitglied des heiligen römischen Reichs deutscher Nation ist. Und dieser Rechte sind wenige.

a) Vermöge der Kayserlichen Wahlkapitulation sollen zu des Kayſers und Reichsämter nur Deutſche gelangen; b) der Kayſer ſoll niemand in den Fürſten- oder Grafenſtand erheben, als wer dem deutſchen Reich unterworfen iſt; c) die geiſtliche Beneficien ſollen an Deutſche vergeben werden. Endlich d) nimmt der deutſche Orden nur Deutſche auf. Das **Provinzialbürgerrecht** begreift die Rechte, welche einem zukommen, weil er der Einwohner eines deutſchen Territoriums, und der Unterthan eines Landesherrn iſt. Die Landeskinder haben z. E. an den meiſten Orten ein vorzügliches Recht auf Beförderungen und Stipendien. Auch in einigen Provinzen haben die Einheimiſchen das Abtriebsrecht, oder den Vorzug vor einem Fremden, wenn liegende Güter verkauft werden. Endlich das **locale Bürgerrecht** iſt der Inbegriff der Rechte, welche einem zuſtehen, weil er Bürger einer Stadt, oder Mitglied einer Dorfgemeinde iſt. Dieſes führt mancherley Vortheile mit ſich, das Recht an den gemeinen Nutzungen, (rebus univerſitatis) Waidgang, Beholzigung u. d. g. Theil zu nehmen, öffentliche Aemter in der Gemeinde zu bekommen; zuweilen auch das Recht ein Haus an dem Ort zu beſitzen; bürgerliche Nahrung zu treiben u. ſ. w. In den Reichsſtädten iſt es wichtig. Engau und Meiſter in den angeführten Schriften haben dieß alles wohl auseinander geſetzt.

(1) Schlözers Briefwechſel 52. Heft. 272 Seite.

TIT. VIII.

De his qui ſui vel alieni iuris ſunt.

§. 92. und 93. Eintheilung der Menſchen im Familienzuſtande.

Der dritte bürgerliche Zuſtand iſt der *ſtatus familiae*. Man bemerke I. das Wort familia wird im römiſchen Recht (man ſehe L. 195. D. de verb. ſignif.) entweder von **Perſonen**, oder von **Sachen** gebraucht. Wenn man es von Sachen braucht: ſo verſteht man darunter den Inbegriff aller Dinge, die ein Menſch in ſeinem Vermögen hat, inſonderheit die Verlaſſenſchaft eines Verſtorbenen. So ſagen z. E. die Geſetze der 12 Tafeln: pater familias uti legaſſit ſuper *familia* ſua, ita ius eſto. In den Pandecten handelt ein Titel de *familia* herciscunda, d. i. von Theilung der Verlaſſenſchaft. Braucht man es hingegen von Perſonen, ſo bedeutet es 1) die ſämmtliche **Sklaven**, die ein Herr in ſeinem Hauſe hat. Dieſe Bedeutung kommt ſehr

häufig

häufig vor. 2) Versteht man einen Complexus von Agnaten darunter; oder von Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammen. (§. 119. Note.) Endlich bedeutet es 3) eine Haushaltung, eine Gesellschaft, die aus der ehelichen, elterlichen und hausherrischen, oder wenigstens aus zweyen derselben zusammen gesetzt ist. Wann nemlich Ehegatten mit Kindern, oder Ehegatten mit Gesinde, oder Eltern, Kinder und Gesinde zusammen leben: so ist in allen Fällen eine Familie vorhanden. Diese Bedeutung liegt in diesem Titel zum Grunde.

II. In Absicht auf den Familienzustand sind die Menschen entweder sui oder alieni iuris. Man denke sich nemlich eine Familie, eine Haushaltung. In diesen sind Personen, welche befehlen, und andere, welche gehorchen. Die ersten heissen homines *sui iuris patres familias*, *matres familias*; die letzten heissen alieni iuris und diese sind von zweyerley Art, entweder Söhne und Töchter, die unter der väterlichen Gewalt stehen, *filii*, *filiaeve familias*, oder Sklaven, *servi*, welche einem Herrn unterworfen sind. Also pater familias oder homo sui iuris heist ein Mensch, welcher weder unter der Gewalt eines Vaters noch eines Herrn steht, und im Fall er eine Haushaltung hat, darin zu befehlen befugt ist. Daß er eine Haushaltung, daß er eine Frau, daß er Kinder oder Sklaven habe, ist nicht schlechterdings erforderlich. Ein unmündiges Kind ist pater familias oder homo sui iuris, wann es ein freyer Mensch und der väterlichen Gewalt nicht unterworfen ist.

III. Die Eintheilung der Menschen in sui und alieni iuris ist von der in Freye und Sklaven verschieden. Dann 1) ist zwar ein jeder homo sui iuris auch frey, und 2) ein jeder Sklav ist homo alieni iuris. Aber 3) nicht alle freye Menschen sind sui iuris. Die filii familias sind freye Menschen, aber doch nicht ihre eigene Herrn, nicht homines sui iuris. Auch 4) nicht alle homines alieni iuris sind Sklaven. Dann die filii familias sind alieni iuris, aber keine Sklaven. Im gegenwärtigen 8ten Titel wird von der herrischen Gewalt, (potestate dominica) im folgenden 9ten von der väterlichen Gewalt (potestate patria) gehandelt werden.

§. 94. 95. Rechte des Herrn über seine Sklaven.

Die Sklaven wurden als Sachen angesehen, als Eigenthum; alle Rechte also, die ein Herr über seine andere eigenthümliche Sachen hat, hat er auch über seine Sklaven. Daher hatte ein römischer Herr 1) das Recht über Leben und Tod des Sklaven, das heist, er hatte eine Hausjurisdiction, (iurisdictionem domesticam) die sich bis auf das Recht Todesstrafen zu dictiren erstreckte. Also die Gewalt, den Sklaven ohne Ursache, bloß aus Muthwillen zu tödten, hatte er nicht. 2) War er befugt, den Sklaven

zu veräussern. Die Sklaven waren eine Waare; man konnte sie verkauffen, verschenken, vertauschen, vermachen. 3) Die Sklaven hatten nichts eigenes. Alles was einem Sklaven geschenkt oder vermacht wurde, was er durch Handel, durch Handarbeit, oder auf andere Weise erwarb, gehörte dem Herrn.

§. 96. Abschaffung des Rechts über Tod und Leben.

Als die Römer ihr ius vitae et necis über die Sklaven zu mißbrauchen anfingen, und sie oft ohne hinlängliche Ursache, in der Hitze des Zorn massacrirten: so wurden verschiedene Gesetze gegen diese Ausschweifung gegeben. Der Bürger muß zwar im Staat über sein Eigenthum ungestört disponiren können, aber der Staat ist auch befugt, ihm den Mißbrauch zu verwehren. Hadrian und Antoninus Pius verboten daher die Sklaven zu tödten. Constantin M. verordnete, daß ein Herr, der einen Sklaven vorsetzlich, oder durch die Marter der Folter umbrächte, als ein Todtschläger bestraft werden sollte. Die Strafe des Todtschlags aber war nach dem Cornelischen Gesetze de sicariis, veneficis et parricidis vom Jahr 621. das Exilium; und in den folgenden Zeiten die Todesstrafe, wenn der Thäter von niedrigem Stande; die Deportation aber, das heist die Verweisung auf eine Insel, wann er von höherm Stande war. Doch konnte der Herr den Sklaven ungestraft tödten, 1) wann dieser ihm nach dem Leben stand; 2) wann er den Sklaven im Ehebruch mit seiner Frau antraf.

Das Recht die Sklaven zu züchtigen, ist den Herrn zwar nicht genommen worden. Aber wann der Herr darin ausschweift: so kann sich der Sklave bey der Obrigkeit beschweren. Schon August verordnete dieses, und Antoninus Pius setzte noch hinzu, daß ein Herr, der unerträgliche Härte gegen seinen Sklaven ausübte, gezwungen werden sollte, ihn zu verkaufen.

§. 97. Heutiger Gebrauch.

Die Verordnungen des römischen Rechts haben noch heutzutag bey den wahren Sklaven statt. (§. 70.) Wer z. E. einen gefangenen Türken oder Negersklaven besitzt, der hat das Recht ihn zu veräussern, und alles sich zuzueignen, was der Sklav erwirbt. Das Recht über Leben und Tod aber hat er nicht, sondern nur das Recht mässig zu züchtigen. Auf Leibeigene läßt sich das römische Recht nicht anwenden, diese werden nach deutschen Landesgesetzen und Gewohnheiten beurtheilt.

TIT. IX.

De patria potestate.

§. 98. Uebergang zu diesem Titel.

Die homines alieni iuris sind entweder Sklaven oder filii familias. Jene stehen unter der herrschaftlichen, diese unter der väterlichen Gewalt. Die Beschaffenheit der herrschaftlichen Gewalt ist im vorigen Titel gezeigt worden. Gegenwärtiger Titel handelt die wichtigere und practischere Lehre von der väterlichen Gewalt ab.

§. 99. Was ist die römische väterliche Gewalt.

Um die Lehre von der väterlichen Gewalt gründlich einzusehen, wollen wir 1) ihre Beschaffenheit nach dem Naturrecht, (§. 99.) 2) nach dem alten römischen, (§. 100. 101.) 3) nach dem neuen römischen, (§. 102. 103.) und 4) nach dem deutschen Recht (§. 104.) kennen lernen.

Die elterliche Gewalt ist schon im Naturrecht gegründet. Ueber ihr wahres Fundament streiten die Naturrechtslehrer. Ich glaube, daß es in der Verbindlichkeit zur Erziehung zu suchen ist. Die Kinder können ohne Erziehung nicht aufwachsen, wenigstens nicht brauchbare und vernünftige Menschen werden. Zu der Erziehung aber sind offenbar die Eltern verbunden, weil sie den Kindern die Existenz geben. Die Erziehung kann nicht geschehen, wann die Eltern nicht befugt sind, die Handlungen der Kinder zu lenken, ihnen vorzuschreiben, was sie thun und lassen sollen. Dieß also, das Recht auf alle Mittel, ohne welche die Erziehung nicht geschehen kann, oder das Recht die Handlungen der Kinder zu lenken, in so weit es der Zweck der Erziehung erfordert, ist die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht.

Sie ist also sehr von der römischen väterlichen Gewalt unterschieden. Dann (*1) ist die elterliche Gewalt des natürlichen Rechts weiter nichts als eine Oberherrschaft, (imperium) (§. 64.) oder ein Recht die Handlungen der Kinder zur Erreichung eines gewissen Endzweckes zu dirigiren. Hingegen die väterliche Gewalt des römischen Rechts enthält ausser dem *imperio* auch noch ein *dominium*, oder wenigstens ein Recht, das dem Eigenthumsrecht sehr nahe kommt. 2) Haben nach dem Naturrecht beyde Eltern Gewalt über die Kinder, die Mutter eben so gut als der Vater, nach dem römischen Recht aber hat der Vater diese Gewalt allein. 3) Schränkt sich die elterliche Gewalt nach dem Naturrecht bloß auf die Erziehungsmittel ein; das römische

Recht aber giebt dem Vater Rechte, die zur Erziehung nicht erforderlich sind. 4) Nach dem Naturrecht hört die elterliche Gewalt auf, so bald die Kinder keiner Erziehung mehr bedürfen; sie geht also nicht auf die Enkel; dann wann mein Sohn in dem Alter ist, wo er Kinder zeugen kann, so hat er keine Erziehung mehr nöthig. Hingegen nach dem römischen Recht dauert die väterliche Gewalt so lange, als der Vater lebt; wenn er anders die Kinder nicht emancipiret. Daher hat auch der Vater die väterliche Gewalt über des Sohns Kinder, seine Enkel und Enkelinnen, und über die Kinder dieser Enkel, seine Urenkel. Man bemerke also, die Kinder meiner Tochter sind nicht in meiner Gewalt, auch die Kinder meiner Enkelin nicht. Diese sind in der Gewalt ihres Vaters. Selbst alsdann, wann die verheyrathete Tochter in des Vaters Gewalt blieb, welches bey den Römern oft geschah, waren ihre Kinder nicht in des mütterlichen Grosvaters Gewalt.

Noch muß ich anmerken, daß die Frage, ob die väterliche Gewalt nach römischem Recht ein Eigenthum gewesen sey, controvers ist. Bynkershoek am a. O. behauptet es. Hingegen Gebauer in der angeführten Dissertation glaubt, daß der Vater weiter nichts, als magistratus domesticus gewesen sey, und potestatem iudiciariam gehabt habe. Für Gebauers Meynung streitet L. 215. D. de verb. signif. wo es heist: potestatis verbo plura significantur; in persona magistratuum *imperium*; in persona liberorum *patria potestas*; in persona servi *dominium*. Die väterliche Gewalt wird also vom Eigenthum unterschieden. Allein auf der andern Seite lassen sich doch auch die Rechte eines römischen Vaters nicht alle aus einer häuslichen Gerichtsbarkeit herleiten. Der Vater hatte z. E. das Recht die Kinder zu verkaufen; dieß kann unmöglich als ein Ausfluß der Jurisdiction angesehen werden. Auch sagt *L.* 2. §. 2. *de interd.* interdictum de liberis exhibendis *proprietatis causam* continet; es setze ein Eigenthum voraus. Also müssen die Kinder wirklich als eine Art von Eigenthum angesehen worden seyn. Ich glaube daher, daß die Wahrheit in der Mitte liegt, und daß die väterliche Gewalt zwar kein wirkliches, förmliches dominium, aber doch mehr als eine häußliche Jurisdiction, kurz, daß sie ein dem Eigenthum sehr nahe kommendes Recht, *ius dominio proximum* gewesen sey.

§. 100. Persönliche Einheit.

Es war also zwischen dem Vater und den Kindern die er in seiner Gewalt hatte, eine sehr genaue und enge Verbindung. Vater und Kinder wurden nicht als verschiedene, sondern als Eine Person angesehen; doch dieß nur in Privatangelegenheiten, nicht in öffentlichen Geschäften. In dem Staate war der filius familias ein freyer Mensch und ein Bürger, so gut

als

als der Vater. Er konnte daher öffentliche Aemter bekleiden, und in Amtssachen hatte ihm der Vater nichts zu befehlen. So lange das Amt dauerte, war die väterliche Gewalt ſuſpendiret. In publicis ſagt L. 14. alleg. *non ſequitur ius* poteſtatis, das heiſt, wie es Bynkershök erklärt, non obtinet ius patriae poteſtatis.

Aus der perſönlichen Einheit folgte nun weiter a) daß die Kinder gewiſſermaſſen als Herren des väterlichen Vermögens ſchon bey Lebzeiten des Vaters angeſehen wurden, und daher des Vaters Erben ipſo iure wurden, ohne daß ſie die Erbſchaft anzutreten brauchten; b) daß Vater und Sohn keine Verträge untereinander ſchlieſſen, und keiner dem andern etwas ſchuldig ſeyn konnte; (inter patrem et filium non eſt obligatio); daß ſie keinen Proceß mit einander führen können; (inter patrem et filium actio non eſt); c) daß der Sohn nicht in ſeines Vaters Teſtament und der Vater nicht in des Sohnes Teſtament Zeuge ſeyn kann, ſo wenig als jemand in ſeinem eignen Teſtament einen Zeugen abgeben kann; auch konnte der Sohn nicht Zeuge in einem Teſtament ſeyn, worin der Vater als Erbe eingeſetzt wurde; und umgekehrt kann der Vater nicht Zeuge in dem Teſtament ſeyn, worin der Sohn eingeſetzt wird; eben ſo wenig als ich Zeuge in dem Teſtament ſeyn kann, worin ich ſelbſt zum Erben ernennt werde. Man ſieht übrigens aus dieſen Wirkungen, daß die perſönlichs Einheit allerdings im römiſchen Recht gegründet, und daß es ein Irrthum iſt, wann einige Rechtsgelehrte (* 2) ſie leugnen, oder ihre Wirkungen blos darauf einſchränken wollen, daß der Sohn alles dem Vater und nichts für ſich erworben habe (* 3).

(1) Doch ſ. man *Einert* obſerv. iur. civ. cap. 3.
(2) *Thomaſius* in diſſ. de uſu pract. tit. Inſt. de patria poteſt. cap. 1. §. 49.
(3) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. Privil. 3. p. 179. ſqq. *Cocceii* ius controv. lib. 1. tit. 6. quaeſt. 19. *Heimburg* diſſ. difficillima emancipationis capita, §. 53.

§. 101. Rechte des Vaters über die Kinder.

Der Vater hatte faſt unumſchränkte Rechte über die Perſonen und das Vermögen der Kinder. Ueber ihre Perſon. Dann 1) konnten ſie ohne ſeine Einwilligung keine rechtliche Handlung vornehmen, keine Contracte, Eheverlöbniſſe, u. d. g. eingehen. Dieſe Handlungen waren nichtig, wann der Vater nicht darin willigte. 2) Konnte ſie der Vater ſtrafen, wann ſie ſich vergingen, und dieſes Strafrecht erſtreckte ſich bis auf das Recht über Leben und Tod (* 1). Dieſes war übrigens, ſo wenig als das Recht des Herrn über ſeine Sklaven, ein Recht, die Kinder nach Gefallen und ohne Urſache zu tödten, ſondern es war eine Art von peinlicher Gerichtsbarkeit, oder das Recht, den Kindern eine Todesſtrafe zu dictiren, wann ſie eine ver-

dient hätten, und an ihnen zu vollstrecken. 3) Hatte der Vater ein Recht die Kinder dreymal in die Sklaverey zu verkaufen (*²). Nemlich wann der Vater seinen Sohn Einmal verkauft hatte, und dieser so glücklich war, freygelassen zu werden, so fiel er in die väterliche Gewalt zurück. Nun konnte ihn der Vater zum zweytenmal verkaufen. Wurde er zum zweytenmal freygelassen, so fiel er wieder in des Vaters Gewalt. Der Vater konnte ihn also zum drittenmal verkaufen. Wenn er aber zum drittenmal freygelassen wurde, so wurde er sein eigener Herr (sui iuris) und kam nicht mehr in die väterliche Gewalt. Dieses gründete sich in einem Gesetz des Romulus, welches nachher in den zwölf Tafelgesetzen bestätigt wurde. 4) Hatte der Vater das *ius noxae dandi*; d. i. wenn meine Kinder Jemanden durch eine unerlaubte Handlung, Diebstahl, Raub, Verwundung u. s. w. Schaden thaten, so konnte ich sie zur Ersetzung des Schadens an Zahlungsstatt geben, und sie kamen dadurch in die Sklaverey, solang sie nicht den zugefügten Schaden ersetzten. 5) Wann ein anderer die Kinder bey sich hatte, und sie dem Vater vorenthielt, so konnte dieser auf die Herausgebung verlangen, und deswegen eine Klage, welche rei vindicatio heist, desgleichen das interdictum de liberis exhibendis anstellen. Sogar nach seinem Tode übte der Vater noch eine Art von Gewalt über seine Kinder aus. Dann er konnte 6) ihnen in seinem letzten Willen einen Vormund bestellen.

Auch über das Vermögen der Kinder hatte der Vater ansehnliche Rechte: (1) Alles was sie erwarben, gehörte dem Vater. Sie hatten also kein Eigenthum; wenn man den Kindern etwas versprach, so war es so gut, als ob man es dem Vater versprochen hätte, die Kinder konnten daher auch kein Testament machen, dann worüber sollten sie testiren. (2) Wann der Vater ein unmündiges Kind hinterließ, so konnte er ihm pupillariter substituiren, d. i. verordnen, wer des Kindes Erbe seyn sollte, wenn es in der Unmündigkeit sterben würde.

(1) *Trojen* diss. de antiquo iure vitae ac necis parentum in liberos. Lugd. Bat. 1752.

(2) *Io. Phil Datt*, de venditione liberor. in thesaur. *Meermann.* Tom. 2.

§ 102. Abänderungen der väterlichen Gewalt durch neuere Gesetze.

So war also die väterliche Gewalt nach dem alten römischen Recht beschaffen. In den neuen römischen Gesetzen ist aber manches daran geändert worden. Dann 1) wurde dem Vater das Recht über Leben und Tod gänzlich genommen. Zu welcher Zeit dieses geschehen sey, ist zweifelhaft. Noodt und Bynkershoek haben darüber controvertirt. Jener glaubt in seinem Tractat: *Iulius Paulus*, der in seinen Werken T. 1. p. 565. sqq. steht,

daß

daß dieſes erſt von den K. Valentinian, Valens und Gratian in der *L.* 8. *C. ad leg. Cornel.* geſchehen. Hingegen Bynkershoek in ſeinem Buche de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud romanos., in der Halliſchen Ausgabe ſeiner kleinen Schriften T. 2. p. 105. ſqq. behauptet ſchon zu Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten ſey dem Vater dieſes Recht genommen worden (*1). Noodt vertheidigte ſich in ſeiner *amica reſponſione ad difficultates Iulio Paulo motas*, und Bynkershoek duplicirte in ſeinen curis ſecundis de iure occidendi et vendendi liberos. Beyde letzte Schriften ſtehen in der angeführten Halliſchen Sammlung T. 2. p. 305. ſepq *Gebauer* in diſſert. 2da de patr. poteſt. C. 2. hat die Argumente der beyden Streiter abgewogen, und der Noodtiſchen Meynung gewiſſermaſſen ſeinen Beyfall gegeben. Er zeigt nemlich, daß die Erlaubniß Kinder vor dem dritten Jahre zu tödten oder auszuſetzen, die zuweilen von den Vätern mißbraucht, und nicht in den geſetzlichen Schranken (§. 101.) ausgeübt wurde, erſt unter K. Valentinian aufgehoben: daß hingegen das Recht, über erwachſene Kinder ein peinliches Gericht zu halten, ſchon zu K. Alexander Severus Zeiten dem Vater nicht mehr geſtattet worden iſt. Dem Vater kommt alſo nach den neuern Geſetzen nur die Befugniß zu, a) die Kinder zu züchtigen, und b) ſie der Obrigkeit zu überliefern. Das letzte iſt ihm in der *leg.* 3. *C. de patria poteſtate* verſtattet worden; und es iſt nur die Frage, was die Ueberlieferung für Wirkungen habe; ob nemlich der Richter ſchuldig iſt, die Sentenz dem Sohn zu dictiren, welche der Vater vorſchreibt? Dieß behaupten viele Rechtsgelehrten; aber Gebauer am a O. §. 7. zeigt, daß dieſe Meynung unvernünftig iſt. Wann der Vater eine Strafe verlangt, die der Richter nach den Geſetzen und dem Beſten des Staates unbeſchadet dictiren kann: ſo iſt er wohl dazu verbunden; aber auſſer dem nicht. Und wann man das Geſetz auf dieſe Art erklärt: ſo kann man ſeine heutige Gültigkeit zugeben.

Der Vater hat aber auch nach den neuern römiſchen Geſetzen das Recht nicht mehr, die Kinder zu verkaufen. Diocletian hat dieſes in der L. 1. Cod. de patribus, qui fil. ſuos diſtrax. verboten. Doch hat nachher Conſtantin M. in dem Fall, wenn die Eltern in der äuſſerſten Armut wären, erlaubt, *liberos ſanguinolentos* zu verkaufen, wie L. 2. Cod. eod. tit. ſagt. Man ſtreitet über die Erklärung dieſes Geſetzes. Die gemeine Leſeart iſt: ſi quis filium filiamue ſanguinolentos vendiderit etc. und man verſteht unter den ſanguinolentis neugebohrne Kinder; dieſe habe Conſtantin zu verkaufen erlaubt, damit ſie nicht exponirt würden. Aber Haloander, Wiſſenbach und andere leſen: ſi quis filium filiamue ſanguinolentus vendiderit etc. ſie ziehen alſo dieſes Beywort auf den Vater, und erklären es durch grauſam,

unbarmherzig. Wann ein Vater so grausam ist, seine Kinder zu verkaufen ꝛc. Die erste Erklärung ist die richtige, wie die Ueberschrift des 8ten Tit. im 5. B. des Theodosianischen Codex und L. 2. desselben Titels zeigt.

(1) Dieses vertheidigt auch *Schorch* in progr. de tempore, quo apud Romanos expositio infantum nexque licita esse desiit Erf. 1781.

(2) Die Gültigkeit des Gesetzes behaupten *Brunnemann* ad h. l. *Schoepfer* synopf. iur. priv. lib. 1. tit. 6. n. 30. sqq. *Leyser* sp. 18. med. 5. cor. 2.

§. 103. Fortsetzung.

Der Vater kann ferner nach den neuern römischen Gesetzen die Kinder nicht mehr zur Schadloshaltung geben. Vermuthlich ist dieses um dieselbe Zeit untersagt worden, da das Verkaufen der Kinder verboten wurde. 4) Das Recht durch die Kinder zu erwerben, ist nicht aufgehoben, aber doch sehr eingeschränkt worden. Wenn der Sohn etwas im Militärstande oder durch die Wissenschaften erwirbt: so heist dieß peculium militare, und gehört dem Sohn dergestalt, daß der Vater nicht das mindeste daran zu fordern hat. Erwirbt der Sohn etwas auf andere Art, z. E. er erbt seine Mutter: so heist es peculium adventitium, er hat das Eigenthum, und der Vater nur den Niesbrauch. Die übrige Rechte der väterlichen Gewalt sind unve ändert geblieben. Der Vater hat also auch nach neuerm römischen Rechte, das Recht die Kinder zu vindiciren; ihnen Vormünder zu bestellen, ihnen pupillarisch zu substituiren ꝛc.

§. 104. Heutige Beschaffenheit der väterlichen Gewalt.

Wie ist aber heutiges Tags die väterliche Gewalt beschaffen? Man bemerke folgende Grundsätze. 1) Der Vater hat heutzutage nicht blos die natürliche elterliche Gewalt, wie einige Juristen z. E. Böhmer (* 1) ganz unrichtig schreiben. Dann der Vater hat das Recht pupillarisch zu substituiren, und den Niesbrauch über das Vermögen der Kinder; die Kinder können nicht testiren, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind. Dieß alles sind willkührliche Verordnungen, von denen das Naturrecht nichts weiß. 2) Die Mutter hat nicht die Gewalt über die Kinder, welche das römische Recht dem Vater giebt; sondern nur diejenige, welche das Naturrecht den Eltern gestattet; doch ist diese der väterlichen Gewalt untergeordnet, denn wenn Vater und Mutter bey der Erziehung verschiedener Meynung sind; so gehet des Vaters Wille vor. Viele Rechtsgelehrte behaupten, die Mutter habe heutzutag die väterliche Gewalt so gut, als der Vater. Am weitläufigsten hat Rothhan (* 2) diese Meynung vertheidigt. Allein sie ist irrig. Rothhans sämmtliche Argumente beweisen weiter nichts, als daß viele deutsche Particulargesetze der Mutter die natürliche elterliche Gewalt bestätigen, ihr auch einige

Rechte

Rechte geben, von denen das Naturrecht nichts weiß; aber daß sie die römische väterliche Gewalt habe, hat er nicht bewiesen. Sie hat also kein Recht pupillarisch zu substituiren; keinen Niesbrauch im Vermögen der Kinder; die Kinder können testiren, wann sie gleich im Haus und Kost der Mutter sind; der Sohn kann sich nicht auf das SCtum macedonianum berufen, wann er noch im Hause der Mutter ist, und von ihrem Vermögen lebt; die Kinder werden in der Religion des Vaters erzogen, wann nicht durch Landesgesetze, oder Gewohnheiten, oder Ehepacten bey den Töchtern festgesetzt ist, daß sie der Religion der Mutter folgen sollen (*3). 3) Der Vater hat heutzutage selten Gewalt über die Enkel; denn wenn der Sohn heurathet: so stellt er auch gewöhnlich seine eigne Haushaltung an. Thut er aber dieß: so hört die väterliche Gewalt auf. (§. 163.) Indessen können doch Fälle vorkommen, wo die väterliche Gewalt über die Enkel statt findet; wann nemlich der Sohn sich verheurathet, aber in des Vaters Hause und Brod bleibt. 4) Was die Rechte der väterlichen Gewalt betrift, so fällt das Recht über Leben und Tod, das Recht die Kinder zu verkaufen, und zur Schadloshaltung (noxae) zu geben, gänzlich weg. Einige (*4) wollen zwar behaupten, der Vater könne heutzutage die Söhne in Kriegsdienste verkaufen; aber andere (*5) widersprechen dieß mit Recht. Das Recht durch die Kinder zu erwerben, ist bey uns eben so, wie im neuen römischen Recht (103.) modificirt. Auch das Recht die Kinder zu vindiciren, und interdictum de liberis exhibendis anzustellen, wird zuweilen noch ausgeübt. Ein filius familias kann auch heutzutag nicht testiren; der Vater kann auch bey uns pupillarisch substituiren. Hingegen über die persönliche Einheit wird sehr disputirt. Verschiedene Juristen behaupten, sie falle bey uns weg (*6). Allein andere vertheidigen das Gegentheil mit besserm Grund (*7). Dann das römische Recht ist im ganzen angenommen, streitet in diesem Puncte nicht mit unserer Verfassung, und ist durch kein contráres deutsches Gesetz aufgehoben.

(1) Introd. in ius dig. lib. 1. tit. 6. §. 4.
(2) Diss. de potestate materna Goett. 1772. 4.
(3) Man sehe *Renz* diss. mixtura iuris romani et patrii in doctrina de patria potestate thes. 10 *Pufendorf* obs. iuris univ. T. 1. obs. 98. §. 14. *Ferd. August Hommel* de usu hodierno patriae potestatis romanae. C. 3. §. 90. *de Selchov* Element. iuris germanici §. 494. Struben rechtl. Bed. 1. Theil 334 Seite.
(4) *Struv* Ex. 23. th. 28. *Engelbrecht* Exercit. ad lib. 1. Inst. pag. 38. *Ludovici* diss. de iure et iurisprudentia domestica, cap. 3 §. 14.
(5) *Renz* diss. cit. thes. 11.
(6) *Gudelinus* de iure novissimo lib. 1. C. 13. *Matthaei* commentar. ad inst. h. tit. §. 2. n. 8 seqq. p. 277. seqq. *Thomasius* de usu practico tituli Inst. de patria potestate cap. 2. §. 10. in collect. diss. vol. 3. n. 98. p. 678. *Beyer* in iur. German. lib. 1. cap. 26. §. 42.

(7) *Barth*

(7) *Barth* hodeg. forenſ. cap. 4. §. 9. p. 799. *Leyſer* ſpec. 21. med. 5. *Wernher* part. 5. obſerv. 189. *Hommel* diſſ. de uſu hodierno patriae poteſt. cap. 3. §. 78. *Renz* diſſ. cir. th. 20. *Heimburg* diſſ. difficillima emancipationis capita §. 48. ſeqq. *Müller* ad *Leyſer* tom. I. obſ. 103.

§. 105. Pflichten des Vaters.

Die Rechte der väterlichen Gewalt haben wir bisher kennen gelernt. Sie führt aber auch eine Beschwerde bey sich; die Verbindlichkeit nemlich die Kinder zu ernähren. Weigert sich dessen der Vater, so setzt die Obrigkeit den Kindern eine gewisse Summe aus, mehr oder weniger; nachdem des Vaters Stand und Vermögen grösser oder geringer ist. Indessen fließt diese Verbindlichkeit nicht aus der väterlichen Gewalt, sondern aus der nahen Verwandschaft; denn auch die natürliche Kinder, (das heist die, welche mit einer Concubine erzeugt waren) muste der Vater ernähren, und heutzutage muß er allen unehlichen Kindern die Alimente geben (*1). Wann der Vater tod, oder ausser Stand ist, die Kinder zu ernähren: so sind die Mutter, die Großeltern und Geschwister (*2) dazu verbunden.

(1) *Stryk* in uſu moderno lib. 25. tit. 3. §. 2.

(2) Arg. L. 4. D. ubi pupill. L. 13. §. 2. D. de adminiſtr. tut. L. 1. §. 2. de tutel. et rat. diſtr. Nach diesen Gesetzen darf ein Vormund die Alimente, welche er der Schwester seines Pupillen gereicht hat in Rechnung zur Ausgabe bringen. *Sande* deciſ. Friſ. lib. 2. tit. 8. def. 2. *Stryk* l. c. §. 22. Indessen leugnen verschiedene diese Verbindlichkeit der Geschwister. S. *Boehmer* nov. ius controv. tom. 2 obſ. 150. *Popp* diſſ. de imperfecta fratrum ſororumque ad ſe invicem alendos obligatione, Altorf. 1780.

§. 106. Klagen, die aus dem Familienzuſtande entſtehen.

Der Familienzustand bringt verschiedene Klagen hervor. Es kann über die Kindschaft, es kann auch über die väterliche Gewalt geklagt werden. Ueber die Kindschaft wird entweder zwischen Eltern und Kinder, oder zwischen Vater und Mutter gestritten. Nemlich 1) kann das Kind eine Klage gegen den Vater oder die Mutter anstellen, wann es dieser oder diese nicht für ein Kind erkennen, und die Verbindlichkeiten eines Vaters oder einer Mutter nicht erfüllen wollen. Dieß ist *actio de filiatione affirmativa.* 2) Kann der Vater oder die Mutter gegen ein Kind klagen, wann dieses leugnet, daß es ihr Kind sey, und die Pflichten eines Kindes nicht beobachten will. *(actio de paternitate aut maternitate affirmativa.)* 3) Wenn sich einer für meinen Vater, oder eine für meine Mutter ausgiebt, auch im Besitz dieses Standes ist: so kann ich ihn oder sie *actione de filiatione negativa* belangen (*1). 4) Ist einer bisher als ein Kind eines andern, oder einer andern mit Unrecht angesehen worden, und im Besitz der Kindesrechte gewesen: so können sie *actionem*

de

de paternitate aut maternitate negativam anſtellen. 5) Wird in dieſen Klagen nicht über die Kindſchaft überhaupt, ſondern blos über die väterliche Gewalt geſtritten: ſo heiſſen ſie *actiones de patria poteſtate affirmativae aut negativae*; affirmativa, wenn ich gegen einen klage, über den mir die väterliche Gewalt zuſteht, der ſie mir aber mit Unrecht ableugnet; negativa, wenn ſich einer über mich ohne Grund die väterliche Gewalt anmaßt, und ich deswegen gegen ihn Klage erhebe. 6) Kann die Mutter gegen den Vater klagen, wenn er ein von ihr gebohrnes Kind nicht für das ſeinige erkennen will. Dieß heiſt *actio de partu agnoſcendo.* Sie kann a) von der Ehefrau gegen den Ehemann angeſtellt werden; wenn ſie ſich nach der Eheſcheidung von ihm ſchwanger befindet; welches aber heutzutage ſelten vorkommt. Auch b) die Mutter eines unehlichen Kindes kann dieſe Klage anſtellen, welches häufig geſchieht. 7) Stellt auch der Ehemann *actionem de partu agnoſcendo* an, wenn ſeine Frau nach geſchehener Eheſcheidung ſchwanger iſt, und er verlangt, daß dieſes Kind für das ſeinige erklärt werde.

(1) Ein merkwürdiges Exempel einer actionis de filiatione negativae hat Struve in den rechtl. Bed. 3. Theil, 131. Bed.

§. 107. Quellen der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt kann auf dreyerley Art erworben werden, durch **Ehe, Legitimation,** und **Adoption** (* 1). Dann entweder iſt einer von mir gezeugt, oder nicht. Im erſten Fall iſt er entweder in rechtmäſſiger Ehe oder aus unehlichem Beyſchlaf erzeugt. Habe ich einen im rechten Ehebette gezeugt: ſo iſt die **Ehe** der Grund meiner väterlichen Gewalt. Wenn ich aber einen auſſer der Ehe erzeuge, und in meine väterliche Gewalt bringen will: ſo muß dieſes durch die **Legitimation** geſchehen. Und endlich wann einer gar nicht von mir erzeugt, und doch in meiner väterlichen Gewalt iſt: ſo liegt der Grund in der **Adoption.** In dem Falle aber, da ich die väterliche Gewalt durch die Ehe erwerben will, iſt nöthig, daß das Kind zu rechter Zeit gebohren werde. Was iſt alſo der rechte Zeitpunkt? Man bemerke: 1) nach dem Recht der Pandecten wird bey Beurtheilung der ehelichen Geburt auf die Zeit der **Conception** geſehen. Nur die Kinder ſind legitim, die nach vollzogener Ehe concipirt worden ſind. *L.* 6. *D. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* Nach dem Rechte des Codex aber ſieht man auf die **Schwangerſchaft.** Fällt dieſe in die Zeit des Eheſtandes: ſo iſt das Kind legitim. *L.* 11. *Cod. de nat. liber.* Wann alſo a) das Kind vor der Ehe gezeugt, und in der Ehe gebohren wird, oder b) vor der Ehe gezeugt und nach getrennter Ehe gebohren iſt: ſo iſt es legitim. Das Kind wird z. E. von der Braut concipirt; nun heurathen die Eltern, ehe aber das Kind zur Welt kommt, ſtirbt der Vater.

Nach dem Rechte des Codex ist es ein eheliches Kind. 2) Ist zu bemerken: der Termin a quo der Geburt ist der Anfang des siebenden Monats oder der 182ste Tag; der Termin ad quem das Ende des zehenden Monats. Das heist: wenn ein Kind gebohren wird, da schon 182 Tage, aber noch nicht über zehen Monate nach einem gewissen Beyschlafe verstrichen sind: so wird angenommen, daß es aus diesem Beyschlaf erzeugt sey. Wann also ein Kind am 181sten Tag nach vollzogener Ehe zur Welt kommt: so wird es für ein eheliches Kind gehalten, und wann die Wittwe vor Ablauf des zehenden Monats nach des Mannes Tod ein Kind gebiert: so passiret dieses auch noch für des verstorbenen Ehemannes Kind (*2). Was mehr von dieser Sache zu sagen wäre, gehört in die Pandecten. Von der rechtmässigen Ehe wird in dem zehenden Titel, von der Legitimation in einem Anhange desselben, und von der Adoption im 11ten Titel gehandelt.

(1) Auch fallen emancipirte Kinder, wenn sie undankbar sind, d. i. ihren Vater gröblich injuriiren, zur Strafe wieder in die väterliche Gewalt. L. un. C. de ingrat. lib. (VIII. 50.)

(2) *Müller ad Leyser* tom. 1. obs. 79.

Tit. X.

De Nuptiis.

§. 108. Was ist die Ehe.

Drey Fragen sind hier zu beantworten 1) Was ist die Ehe? 2) Was sind nuptiae oder connubium nach römischem Recht? 3) Wie ist die Ehe von dem Eheverlöbniß unterschieden?

Ueber den Begriff und Zweck der Ehe ist viel geschrieben und gestritten worden (*1), obgleich die Ehe eine so allgemein bekannte Sache ist. Ich halte es mit der gemeinen Meynung; vermöge dieser ist die Ehe eine Gesellschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechtes, Kinder zu zeugen und zu erziehen. Man wendet zwar dagegen ein: a) die unfruchtbare Ehen wären nach dieser Definition keine Ehen. Aber diese Folge leugne ich, dann der Zweck einer unfruchtbaren Ehe ist doch die Kindererzeugung, ob er gleich nicht erreicht wird. b) Nach dieser Definition, sagt man weiter, können betagte Leute keine Ehe eingehen, wenn sie

nicht

nicht mehr im Stande sind, Kinder zu erzeugen. Antwort: wenn es gewiß ist, daß alte Leute zum Kinderzeugen untüchtig sind: so ist ihre Verbindung keine wahre, sondern eine Titular-Ehe, (matrimonium honorarium oder civiliter tale.) Weil aber selten diese Gewißheit vorhanden ist: da zuweilen sehr alte Männer noch zeugen, und sehr alte Weiber gebähren: so haben die Gesetze einer solchen Verbindung alter Personen die Rechte des Ehestandes zugestanden. c) Der dritte Einwurf ist: man frage alle Menschen, welche eine Ehe eingehen, ob sie es zu dem Ende thun, um Kinder zu zeugen; ob sie nicht vielmehr ganz andere Zwecke dabey haben? Keiner wird behaupten, er heyrathe, um Kinder zu zeugen. Sie werden sämtlich andere Ursachen anführen. Der französische Rechtsgelehrte Pasquay z. E. sagte, er habe seine erste Frau propter opus, die zweyte propter opes, und die dritte propter opem geheyrathet. Aber auch dieser Einwurf ist leicht zu beantworten. Wir reden vom Zweck der Ehe, und nicht von den Beweggründen derer, welche die Ehe eingehen; vom *fine operis*, wie die alte Juristen sagen, und nicht vom *fine operantium*. Der Zweck, welchen der Schöpfer bey Hervorbringung beyder Geschlechter, und bey der Einprägung des Zeugungstriebs hatte, war die Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Also ists Unrecht, wenn Menschen den Instinct des Beyschlafes ohne allen Zweck der Fortpflanzung befriedigen, und man kann mit Grund sagen, daß Kindererzeugung der Zweck der Ehe sey, wann auch die Personen, welche eine Ehe schliessen, durch andere Motiven dazu bewegt werden. Eine Gattung der Ehe hieß bey den Römern nuptiae oder connubium; die Ehe nemlich, die zwischen zwey römischen Bürgern in der gesetzlichen Form geschlossen ist, wurde mit diesem Namen belegt. Dieß wird im §. 112. u. f. erklärt werden.

Von der Ehe sind die Sponsalien oder das Eheverlöbniß verschieden. Man versteht darunter einen Vertrag, daß eine Ehe zwischen gewissen Personen geschlossen werden soll. Die Paciscenten wollen nicht sogleich Ehegatten seyn, nicht sogleich die Rechte der Ehegatten haben, sondern erst nach einiger Zeit soll dieß geschehen.

(t) Man sehe *Io. Sam. Stryk* diss. de fine matrimonii Hal. 1708. *Carl. Ferd. Hommel* matrimonium sine proposito sobolem procreandi legitimum Lips. 1764. edit. secund. locupletior ibid. 1767. et in auctoris rhapsodia vol. 1. obs. 391. Joh. Baptista Anthes vom Zweck der Ehe. Frst. am Mayn 1774. 8. Vorzüglich aber Joh. Phil. Engelhards Versuch über den wahren Begriff der Ehe und die Rechte bey deren Errichtung. Cassel 1776. 8. Ein neues und sehr wohlgeschriebenes Buch über die Rechte der Ehe ist Aug. Ludw. Schott Einleitung in das Eherecht, Nürnb. 1786. 8.

§. 109. Axiomen vom Eheverlöbnisse.

Eine ausführlichere Abhandlung von dem Eheverlöbniß kommt in den Pandecten und dem Kirchenrechte vor. Hier stehen nur drey der hauptsächlichsten Grundsätze. 1) Das Eheverlöbniß erfordert nach dem römischen Recht keinen schriftlichen Aufsatz, keine Zeugen, keine Feyerlichkeit. In Deutschland aber sind an vielen Orten Zeugen zur Gültigkeit der Sponsalien nöthig. Im Hessendarmstädtischen müssen sich vermöge einer Verordnung vom Jahr 1723. die verlobten (die wirkliche Räthe, und wer ihnen im Rang gleich ist, ausgenommen) vom Prediger einsegnen, oder wie man es nennt, weinkäuflich copuliren lassen. Ehe dieses geschieht, entstehet keine Verbindlichkeit aus den Sponsalien. 2) Alle Personen können Sponsalien eingehen, die in eine künftige Ehe einwilligen können; eine unmündige Person kann also keine gültige Sponsalien schliessen. 3) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Eheverlöbniß entsteht, ist nach dem römischen Recht nur eine unvollkommene, man kann also daraus nicht klagen. Dann die Römer wollten haben, daß die Ehe schlechterdings frey und ungezwungen seyn sollte. Ob nach dem canonischen Recht ein Zwangsrecht aus den Sponsalien entsteht, ist zweifelhaft; in der Praxis aber ist die bejahende Meynung angenommen (* I). Doch zwingt man einen verlobten nicht schlechterdings zur Vollziehung der Ehe; sondern condemnirt ihn, im Fall einer hartnäckigen Weigerung, zu einer Abfindung und Strafe.

(1) *Steenhof* diss. de praxi iudiciorum erronea §. 25.

§. 110. Axiomen von der Ehe.

Die Ehe ist 1) eine Gesellschaft. Dann eine Gesellschaft heist eine Vereinigung mehrerer Personen mit gemeinschaftlichen Kräften einen gewissen Zweck zu erlangen, und dieß geschieht in der Ehe. 2) Der Zweck der Ehe ist Kindererzeugung und Kindererziehung. Dieses ist im §. 108. gegen die Einwürfe vertheidiget worden. 3) Das römische Recht erfordert zur Ehe Einen Mann und Eine Frau. Diese müssen aber 4) beyde römische Bürger seyn, wann sie nemlich eine sollenne Ehe, *connubium*, *nuptias* schliessen wollen. 5) Die Ehe ist ein Geschäft von Wichtigkeit, dann die Zufriedenheit und das Glück des Lebens hängt sehr davon ab. Auch ist die Last des Hauswesens und der Kindererziehung beträchtlich. 6) Die Ehe muß in der gesetzlichen Form eingegangen werden.

§. 111. Die Ehe erfordert (a) Einwilligung, (b) Personen die zum Kinderzeugen tüchtig sind; (c) die Polygamie ist verboten.

Die Ehe ist eine Gesellschaft. (§. 108.) Jede Gesellschaft setzt einen Vertrag

Vertrag voraus, mithin auch die Ehe. Daraus aber folgt weiter, die Ehe erfordert die Einwilligung beyder Interessenten; ein Blödsinniger und Höchstbetrunkener kann also keine Ehe schliessen, weil er nicht einwilligen kann. Eine durch Drohungen und ungerechte Furcht erzwungene, oder durch betrügliche Ueberredungen veranlaßte Ehe ist ungültig.

Die Ehe wird zwischen Manns- und Weibspersonen geschlossen, um Kinder zu zeugen. Daraus folgt 1) daß kein Kastrat eine Ehe schliessen kann, dann Kinderzeugen ist ihm unmöglich (*1). Wann ihm der Landesherr übrigens die Ehe durch eine Dispensation erlaubt, so gilt sie als eine Titular-Ehe, und hat die Rechte des Ehestandes. 2) Die Mannsperson muß wenigstens 14. die Weibsperson wenigstens 12. Jahre alt seyn. Dann in diesen Jahren fängt nach römischen Grundsätzen die Fähigkeit zum Kinderzeugen an (*2). Das canonische Recht geht aber von dieser Vorschrift ab, und will, daß man nicht auf die Jahre sehen soll. Es erlaubt die Ehe auch noch vor dem 14. und 12. Jahre, wann sich die Zeugungskraft früher einstelle. In Deutschland hat man über diesen Punct an den meisten Orten Landesgesetze, worin ein höheres Alter, als im römischen Recht vorgeschrieben ist. Z. E. im Hessen-Darmstädtischen ist in einer Verordnung von 1731. bey Mannspersonen das 25ste Jahr, im Casselischen hingegen ist das 20ste festgesetzt. Denn die Zeugungskräfte fangen in unserm kältern Clima später als in Italien an, und da bey uns die Ehe bey den Söhnen meistens, und bey den Töchtern allezeit der väterlichen Gewalt ein Ende macht, so ists nicht genug, daß jemand Kinder zeugen kann; er muß auch dem Hauswesen vorstehen, und Kinder erziehen können.

Die Ehe ist entweder **Monogamie** oder **Polygamie**, von beyden ist die **Gemeinschaft der Weiber** unterschieden. Wann nemlich Ein Mann Eine Frau zur Ehe hat, so ist es eine einfache Ehe oder Monogamie. Hat ein Mann mehrere Weiber, oder eine Frau mehrere Männer, so heist es **Polygamie** oder vielfache Ehe. Und wann endlich mehrere Männer mit mehreren Weibern sich verbinden, so daß sich jeder Mann zu jeder Frau legen kann; so ist eine **Gemeinschaft der Weiber** vorhanden. Die Polygamie wird a) in **Polyandrie**, oder **Vielmännerey**, und **Polygynie**, oder **Vielweiberey**; b) in die auf einmal statt findende und nach einander folgende (simultaneam et successiuam polygamiam) eingetheilt. Wann nemlich ein Mann mehr als eine Frau hat, so ist es Polygamie; hat aber eine Frau mehr als einen Ehemann, so ist es Polyandrie. Wann jemand auf einmal mehr als einen Ehegatten hat, so heist es polygamia simultanea. Wann hingegen jemand,

nachdem seine erste Ehe getrennt ist, z. E. ein Wittwer oder Wittwe zur zweyten Ehe schreitet: so heist es successiva polygamia. Das römische Recht hält mit Grund die Monogamie für die bessere Ehe, und verbietet die simultane Polygamie, sowohl die Vielweiberey, als auch die Vielmännerey. Daß also noch mehr die Gemeinschaft der Weiber verboten sey, versteht sich von selbst. Die Halsgerichtsordnung Carls V. im 121. Art. erklärt die **Bigamie**, wann jemand, dessen rechtmäsiger Ehegatte noch lebt, sich mit einem andern verheyrathet, für ein Verbrechen, und verordnet, daß sie wie der Ehebruch bestraft werden solle. Die successive Polygamie ist nach allen Rechten erlaubt. Doch bemerke man: 1) eine Wittwe darf nicht zu frühe nach ihres Mannes Tod heyrathen. Dieß ist nicht nur der Ehrerbietung zuwider, die sie dem verstorbenen Manne noch schuldig ist; sondern es kann auch eine Ungewißheit verursachen, ob das Kind, das sie nach des ersten Mannes Tode gebiert, von diesem oder von dem zweyten Ehemann sey. Wenn sie innerhalb dem **Trauerjahr** (anno luctus) heyrathet: so wird sie a) nach römischem Recht infam; b) sie kann ihrem zweyten Ehemann nicht mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zubringen, auch nicht mehr in einem letzten Willen hinterlassen; c) kann aus dem Testament eines Fremden nichts erben, auch kein Vermächtniß erhalten; d) verliert alles, was sie vom verstorbenen Ehemann erhalten hat, und kann e) von ihren Blutsfreunden nichts erben, wann sie weiter als im dritten Grad mit ihr verwandt sind (*3). 2) Der **Wittwer** darf nach den römischen Gesetzen heyrathen, sobald er will: L. 9. D. de his qui notantur infamia. 3) Das canonische Recht hebt im Cap. pen. et ult. X. de secund. nupt. die der Wittwe dictirte Strafe der Infamie auf. Ob es aber die übrige Strafen abgeschaft habe, ist sehr zweifelhaft (*4). Indessen 4) ist die in der Praxis angenommene Meynung, daß in diesem Capitel alle eben erzählte Strafen des römischen Rechts abgeschafft seyen (*5). 5) In den meisten deutschen Ländern ist nicht nur der **Wittwe** sondern auch dem **Wittwer** eine Trauerzeit vorgeschrieben. Wann er diese nicht hält: so hat eine Geld- oder Gefängnißstrafe statt. Im Hessen-Darmstädtischen soll nach einer Verordnung vom Jahr 1744. der Wittwer dreyviertel Jahr trauern. 6) Wird die zweyte Ehe nach verflossener Trauerzeit geschlossen: so ist sie zwar erlaubt; doch nicht so begünstigt als die erste, und hat verschiedene nachtheilige Folgen, welche man die *poenas secundarum nuptiarum* nennt; wie wohl es seltsam lautet, daß eine erlaubte Handlung gestraft werden soll. Die vornehmste davon (*6) sind, a) daß der Ehegatte, der zur zweyten Ehe schreitet, das Eigenthum dessen, was er vom verstorbenen geerbt hat, verliert, und nur

den

den Niesbrauch behält; (§. 376.) b) daß die Wittwe die Vormundschaft ihrer Kinder verliert; (§. 169.) c) daß ein in der zweyten Ehe lebender Ehegatte dem andern Ehegatten nicht mehr im Testament hinterlassen kann, als ein Kind erster Ehe bekommt. (§. 487.) Diese Strafen haben heutzutag noch statt (* 7).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 80. Anderer Meynung sind *Leyser* sp. 297. med. 6. Engelhard am a. O S. 54. u. f.

(2) *Iust, Henning. Boehmer* de iuribus diuersis ex diuersitate climatis ortis. §. 6. in exercit. ad Pand. Tom. 1. pag. 279. Die Sicilianische Frauenzimmer verheyrathen sich im dreyzehenden oder vierzehenden Jahre, und sind oft Grosmütter, ehe sie das dreyßigste Jahr erreicht haben. Brydone's Reise durch Sicilien 2. Band 58. Seite.

(3) *Sarnighausen* diss. de poena concubitus intra annuum luctus privata, per cap. pen. et ult. X. de secund. nupt. non abrogata (Goett. 1775. 4.) §. 3. p. 5. seqq.

(4) *Sarnighausen* diss. cit. §. 8. p. 15. seqq.

(5) *Boehmer* ius eccles. prot. Tom. 3. Lib. 4. Tit. 21. §. 18. *Leyser* sp. 300. med. 19. Struben rechtl. Bed. 3. Band. 16. Bed. *Alssen* diss. de eo quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. (Goett. 1751.) §. 29. p. 45. *Selchov.* diss. select. capita doctrin. de infam. §. 7.

(6) Vollständig beschreibt sie *Leyser* sp. 300. med. 1. 2. und *Alssen* in diss. cit. §. 11. p. 16.

(7) *Stryk* de success. ab intest. diss. 12. cap. 3. §. 13. *Leyser* spec. 300. med. 3. sqq. *Boehmer* consult. et decis. Tom. 2. arg. 860. n. 21.

§. 112. a) Eine feyerliche Ehe hat bey den Ausländern und Sklaven nicht statt.
b) Der Consens des Vaters ist zur Ehe erforderlich.

Nuptiae, connubium konnten bey den Römern nur unter den Bürgern geschlossen werden. Also Bürger konnten sie mit Fremden nicht eingehen, noch weniger freye Leute mit Sklaven, oder Sklaven mit Sklavinnen. Man bemerke nur: ein Bürger konnte mit einer Fremden eine ehliche Gesellschaft schliessen; aber sie hieß nicht nuptiae, nicht connubium, sondern *matrimonium*, und hatte auch die Wirkungen des connubii nicht. (§. 126.) Auch Sklaven konnten mit Sklavinnen verbunden werden, Kinder zu zeugen. Aber auch diese Verbindung hieß nicht connubium, oder nuptiae, sondern *contubernium*, und die Rechte des connubii fielen gänzlich dabey weg. Heutigestages kann ein Bürger eine Ehe mit einer Weibsperson schliessen, welche das Bürgerrecht nicht hat, und sie erhält es durch die Ehe, oder die Ehe bahnt wenigstens den Weg dazu. Auch eine Weibsperson, die das Bürgerrecht an einem Ort hat, kann einen Fremden heyrathen, und die Ehe hat dieselbe Rechte, welche einer Ehe zwischen Bürger und Bürgerin zukommen. Wann freye und leibeigene Personen,

sonen, oder zwey Leibeigene einander heyrathen: so hat die Ehe alle Wirkungen, die sie bey zwey freyen Ehegatten hat.

Die Ehe ist ein wichtiges Geschäft. Nun können Söhne und Töchter, so lange sie in der väterlichen Gewalt sind, nichts von Wichtigkeit ohne des Vaters Einwilligung thun. Sie können also auch nicht ohne diese heyrathen (*1). Noch bemerke man (1) zwischen Söhnen und Töchtern ist der Unterschied, daß eine Tochter den Mann nehmen muß, welchen ihr der Vater giebt; einem Sohn hingegen kann der Vater zwar wehren, eine Person zu heyrathen, die dem Vater nicht gefällt; er kann ihn aber doch nicht zwingen, eine Frau zu nehmen, welche dem Sohn nicht ansteht. L. 12. L. 20. C. de nupt. (V. 4.)

(2) Nach dem alten römischen Recht hing es lediglich von dem Vater ab, ob er seine Einwilligung in die Ehe der Kinder geben wollte oder nicht. Weil aber die Väter diese Gewalt zuweilen misbrauchten, so verordnete das Julisch- und Papisch Poppäische Gesetz, daß ein Vater, welcher seinen Consens ohne hinlängliche Ursachen verweigere, durch den Prätor Urbanus dazu gezwungen werden solle. L. 19. D. de rit. nupt. (*2)

(3) Wie steht es aber, wann sich der Vater in der Gefangenschaft befindet? Jetzt mußten die Kinder mit der Verheyrathung warten, bis der Vater zurückkam, dann als Gefangener konnte er weder consentiren noch dissentiren. Heyratheten sie während seiner Abwesenheit, und er kam zurück, so konnte er die Ehe umstossen. Starb er hingegen in der Gefangenschaft, so blieb die Ehe gültig. arg. L. 12. L. 22. §. 2. D. de capt. et postlim. Neuere Gesetze verordneten indessen, daß, wann der Vater drey Jahre in der Gefangenschaft gewesen sey, die Kinder auch ohne seinen Consens sollten heyrathen können. L. 9. D. de rit. nupt. Nachher wurde noch weiter den Kindern erlaubt, auch noch vor Ablauf dieser Zeit zu heyrathen, wann sie sich nur einen solchen Gatten wählten, gegen welchen der Vater wahrscheinlich nichts zu erinnern habe. L. 11. D. eod. Diese Verordnung dehnten

(4) Die Juristen auf den Fall aus, wenn der Vater zwar nicht gefangen, aber doch abwesend ist, und man nicht weiß, wo er sich aufhält. L. 10. et 11. D eod. (*3)

(5) Ist endlich der Vater blödsinnig, so behaupteten einige Juristen, daß die Töchter zwar heyrathen könnten, aber nicht der Sohn; dann bey der Verheyrathung der Töchter sey es genug, wann der Vater nicht dissentire. Andere glaubten, auch der Sohn dürfe heyrathen. K. Marcus Antoninus entschied diesen Streit dahin, daß Söhne und Töchter eines *mente capti*

heyrathen

heyrathen dürften. Allein nun fragt sichs, ob dieß auch bey Kindern eines furiosi gelte. Nehmlich mente captus heist hier einer, der ohne Hoffnung der Besserung und ohne Unterlaß von Verstand ist; furiosus ein Rasender, welcher zuweilen zu sich kommt, intervalla furoris hat, und dessen Herstellung man hoffen kann. Einige glaubten, die Kinder eines solchen furiosi müßten ein intervallum furoris oder die Herstellung seiner Vernunft abwarten. Justinian entschied auch diesem Streit in der L. si furiosi 25. C. h. t. und erlaubte den Kindern eines furiosi zu heyrathen (*4).

Gesetzt aber die Kinder schliessen eine Ehe, ohne des Vaters Einwilligung einzuholen, was ist alsdenn Rechtens? Nach dem römischen Recht ist die Ehe null und nichtig. Das alte canonische Recht bestätiget diese Verordnung, Cap. 3. X. qui matrimon. accus. poss. Aber das neue ius canonicum, Cap. 6. X. de raptor. geht davon ab. Auch das Tridentinische Concilium hat nach langem und heftigen Streiten der heiligen Väter eine solche Ehe für gültig erklärt, und bey den Protestanten ist dieses ebenfalls angenommen. Doch giebt es Provinzen z. E. das Braunschweigische, und die Mark Brandenburg, wo durch Landesgesetze das römische Recht bestätigt ist, und eine dergleichen Ehe für nichtig erklärt wird, wann der Vater es verlangt (*5). Auch wird in vielen Specialgesetzen die Einwilligung der Mutter, der Großeltern und des Curators erfordert. Doch ist die Ehe nicht ungültig, wenn sie ohne diese Einwilligung geschlossen wird, in so fern es die Gesetze nicht ausdrücklich vorschreiben (*6).

In der Anmerkung ist die Frage berührt, ob zu der Ehe gerade **Consens** des Vaters nöthig, oder ob die **Ratihabition**, **Genehmigung** hinlänglich sey? Consens und Ratihabition sind darin unterschieden: Consens ist die Einwilligung, die ertheilt wird, ehe eine Sache geschieht; Ratihabition aber, welche erfolgt, nachdem sie geschehen ist. Also der Sinn der Frage ist: wird zu einer gültigen Ehe erfordert, daß der Vater seine Einwilligung vor deren Schliessung ertheilt; oder ist die Ehe auch gültig, wann sie der Vater erst billiget, nachdem sie schon geschlossen ist? Boehmer (*7) hat diese Frage weitläuftig erörtert, und gezeigt, daß nach dem alten römischen Rechte die Ratihabition nur auf die Zukunft, nicht auf das vergangene wirkte. Wann die Ehe z. E. im Jahr 1770. geschlossen wurde, und die Genehmigung des Vaters erst im Jahr 1775. erfolgte: so war die Ehe von 1770. bis 1775. unrechtmäsig. Die vor der Genehmigung gebohrne Kinder waren also nicht legitim. Nachdem aber Justinian in der *L. 25. Cod. de donat. inter virum et uxor.* und *L. 7. Cod. ad SC. Maced.* verordnet hat, daß die Genehmigung in allen Geschäften als ein Consens gelten, und rückwärts wirken soll: so hat auch dieß bey der Ehe statt.

(1) Eine vortreffliche Ausführung dieser Materie ist *Ge. Lud. Boehmer* diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. Elect. iur. civ. Tom. 1. *Exercit.* 16.
(2) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. 1. cap. 5. p. 65. Lib. 2. cap. 20. p. 333.
(3) *Bynkershoek* obs. lib. 5. cap. 24.
(4) *Merill.* ad L. Decis. in *Opp.* Part. 2. p. 57. sqq.
(5) *Pufendorf* Obs. iuris univ. Tom. 3. obs. 43. *Boehmer* l. c. cap. 4. §. 65.
(6) *Selchov* elem. iur. germ. §. 416. *Boehmer* l. c. §. 64.
(7) *Boehmer* l. c. cit. §. 21.

§. 113. Von der gesetzlichen Form der Ehe.

Die Ehe muß nach der **gesetzlichen Form** eingegangen werden. Es muß also der eheliche Consens vorhanden seyn, das heist beyde Theile müssen einwilligen, daß eine wahre Ehe unter ihnen seyn, und alle rechtliche Wirkungen derselben statt finden sollen. Mehr als dieser Consens ist nach römischem Recht nicht erforderlich. Auch nach dem alten canonischen Recht ist er hinlänglich. Aber nach der Tridentinischen Kirchenversammlung muß der eheliche Consens in Gegenwart des ordentlichen Pfarrers und zweyer Zeugen erklärt werden. Eine Einsegnung oder Trauung ist nicht nöthig, ob es gleich viele Juristen, ganz irrig, behaupten. Endlich bey den Protestanten ist durch eine allgemeine Observanz in ganz Deutschland **die priesterliche Trauung** (hierologia ecclesiastica, benedictio sacerdotalis) eingeführt. Sie ist ein **wesentliches** Erforderniß der Ehe, und ohne sie ist keine wahre Ehe möglich (*[1]). Uebrigens heist jene Erklärung des ehelichen Consenses in Gegenwart des Pfarrers und zweyer Zeugen bey den Catholiken, und die priesterliche Trauung bey den Protestanten die **kirchliche Feyerlichkeit**, *solennitas ecclesiastica*, der Ehe.

Die **Anmerkung** bestimmt den Unterschied zwischen der Ehe und dem Concubinate. Concubinat hieß bey den Römern die Verbindung eines unverheyratheten Mannes mit einer Weibsperson, Kinder zu zeugen, die aber sine affectione maritali, das heist nicht in der Absicht geschlossen wurde, daß die Weibsperson die Rechte einer Ehefrau, und die Kinder die Rechte ehlicher Kinder erhalten sollten. Dieser Concubinat war eine conjunctio licita, dann die Gesetze bestraften ihn gar nicht; aber nicht legitima, er hatte die gesetzliche Wirkungen der Ehe nicht (*[2]). Vom Concubinat war *pellicatus* unterschieden, wann ein verheyratheter Mann neben seiner Frau noch eine Verbindung zum Beyschlaf mit einer andern ledigen Weibsperson hat. Heutigestags versteht man unter dem Concubinat entweder a) eine Verbindung zum unehlichen Beyschlaf, bey der man keine Kinder wünscht, noch weniger an gemeinschaftliche Erziehung denkt, und die auch nicht auf Lebenszeit eingegangen

wird.

wird. b) Eine Gewissensehe (mariage de conscience) eine Verbindung, worin ich eine Weibsperson für meine wirkliche Ehefrau, und sie mich für ihren Ehemann erklärt und aufnimmt, die aber ohne kirchliche Feyerlichkeit vollzogen wird. c) Die Ehe zur linken Hand (matrimonium ad morganaticam, ad legem salicam) das heist eine Ehe, bey welcher zwar die kirchliche Feyerlichkeit beobachtet, aber zugleich festgesetzt ist, daß die Frau nicht die Dignität des Mannes, die Kinder nicht den Stand des Vaters, auch das völlige Successionsrecht anderer ehlicher Kinder nicht bekommen, sondern mit einer gewissen Summe abgefunden werden sollen. Die erste Verbindung ist im canonischen Recht und den deutschen Reichsgesetzen verboten; auch die andere ist weder nach weltlichen, noch nach geistlichen Gesetzen eine gültige Ehe; sie ist auch nur dem hohen Adel erlaubt, und die aus derselben erzeugte Kinder succediren nicht. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung; (* 3) wiewohl viele Juristen das Gegentheil behaupten. Die dritte ist zwar eine gültige Ehe, aber doch nur bey dem hohen Adel gewöhnlich. Ob sie andern Personen erlaubt sey, ist zweifelhaft. (* 4)

(1) *I. H. Boehmer* in I. E. P. lib. 4. tit. 3. §. 39. sqq. wiewohl einige Theologen und Juristen anderer Meynung sind. Man s. z. E. *Reinh. Frid. Sahme* diss. de matrimon. legitimo absque benedict. sacerdotali. Regiom. 1720. rec. Hal. 1744. *Alex. Guin. Pagenstecher* diss. qua adstruitur benedictionem sacerdotalem non esse de essentia matrimonii. Teutob. ad Rh. 1752.

(2) Eine Vergleichung der Ehe und des Concubinats hat *Ramos del Manzano* tract. de concubinis in Meermann. thesaur. T. 5. p 551. seqq. *Heineccius* ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. Cap. 4.

(3) *Gatzert* progr. de liberis ex matrimonio conscientiae illegitimis Giss. 1773.

(4) *Leyser* sp. 209. M. 2. bejahet es. Aber *Cocceji* und Lynker an den von Leyser citirten Orten, *Cramer* de iuribus nobilit. avit. T. 1. Cap. 4. p. 236. seqq. *Ludolph* de iurib. fem. illustr. P. 1. §. 15. n. 3. *Claproth* inrisprud. hevrematica Part. 1. sect. spec. Cap. 1. Tit. 14. §. 138. und von *Selchov* diss. de matrimonio nobilis cum vili et turpi persona §. 21. in elect. iuris Germ. p. 384. behaupten das Gegentheil, und halten diese Ehe unter Privatpersonen für ungültig, wann sie ohne Einwilligung des Landesherrn geschlossen wird.

§. 114. Von verbotenen Ehen.

Weil die Ehe nach gesetzlicher Vorschrift vollzogen werden muß: so folgt ferner, daß die Personen keine gültige Ehen schliessen können, denen es die Gesetze verbieten. Die Gesetze aber untersagen es manchen Personen, weil sie zu nahe verwandt oder verschwägert sind; andern, weil die Ehe wider den Wohlstand ist; noch andern, weil sie für die Religion oder den Staat gefährliche Folgen haben könnte. Im ersten Fall heist die Ehe *nuptiae incestae*, blutschänderische Ehe, im andern *indecorae*,

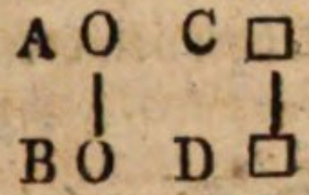
im letzten *noxiae*. Wird eine Ehe, die an sich nichtig ist, aber bona fide, eingegangen, das heist entweder beyde Theile oder der eine wissen nicht, daß die Ehe nichtig ist: so heist sie *matrimonium putativum*. Dahin gehört z. E. die Ehe zwischen Bruder und Schwester, denen ihre Verwandschaft unbekannt ist. Die aus einer solchen Ehe gebohrne Kinder sind legitim, und, wann anderst der Vater in bona fide ist, auch in der väterlichen Gewalt. (*1)

(1) *Hert* diss. de matrimonio putativo, in opuscul. Vol. 1. Tom. 1. n. 7. *Ern. Christ. Westphal* diss. de veris casibus matrimonii putativi, Hal. 1758. *Reinharth* ad Christin. Vol. 1. Obs. 78. 79.

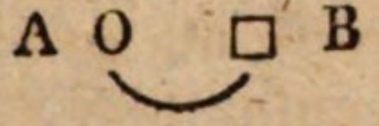
§. 115. Was sind Verwandte und Schwäger?

Eine blutschänderische Ehe wird unter Personen geschlossen, die zu nahe verwandt oder verschwägert sind. Es ist also zu untersuchen, was Verwandte und Schwäger, und was zu nahe Verwandte und Schwäger sind? **Verwandte** oder **Blutsfreunde** sind Personen 1) deren eine von der andern abstammt, oder 2) die von einem gemeinschaftlichen Stamme, (Einem Stammvater, oder Einer Stammmutter) herkommen. Vater und Sohn sind Verwandte, weil dieser von jenem unmittelbar abstammt; Grosvater und Enkel, weil der letzte von dem ersten mittelbar herkommt. Bruder und Bruder, Neffe und Oheim, Geschwister Kinder sind verwandt, weil sie einen gemeinschaftlichen Stammvater, oder eine gemeinschaftliche Stammmutter haben. Ob die Procreation in einer rechtmäsigen Ehe, oder in einem unehlichen Beyschlafe, oder in einem Contubernium, einer Sklaven-Ehe, geschehen ist, ist einerley. Z. E. der Vater eines unehlichen Kindes ist eben sowohl mit ihm verwandt, als der Vater eines ehlichen; ein Sklave ist mit seinen Kindern, Geschwistern u. s. w. verwandt, so wohl, als ein Freyer. Die Adfinität oder Schwägerschaft ist eine Verbindung zwischen einem Concumbenten und des andern Concumbenten Verwandten. Wann ich eine Person beschlafe, welche Verwandte hat: so werde ich mit diesen Verwandten verschwägert; der Beyschlaf mag übrigens in der Ehe, oder ausser derselben geschehen.

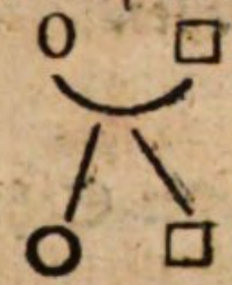
Um die Verwandschaften und Schwägerschaften deutlicher vorstellen zu können, hat man Zeichen erfunden. Eine Person, sie sey Mann oder Weib, wird so bezeichnet: O. Will man aber Mannspersonen und Weibspersonen unterscheiden, so ist für das männliche Geschlecht dieses: O, für das weibliche sind folgende Zeichen bestimmt: □ △ ▽ — Wann man andeuten will, daß zwey Personen von einander abstammen: so setzt man sie über einander, und verbindet sie durch einen von oben nach unten gehenden Strich,



A hat den B gezeugt, C hat die D gebohren. Um Personen anzuzeigen, die mit einander concumbiren, verbindet man sie durch eine krumme Linie

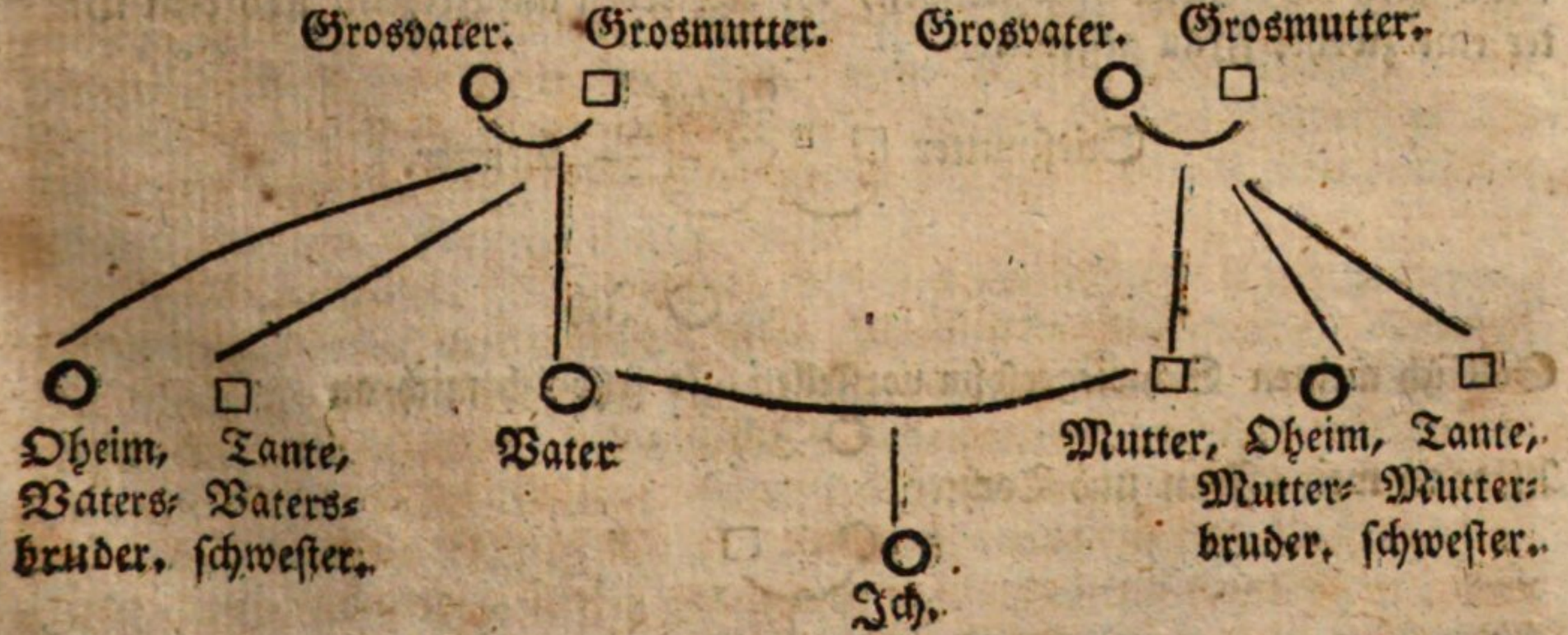


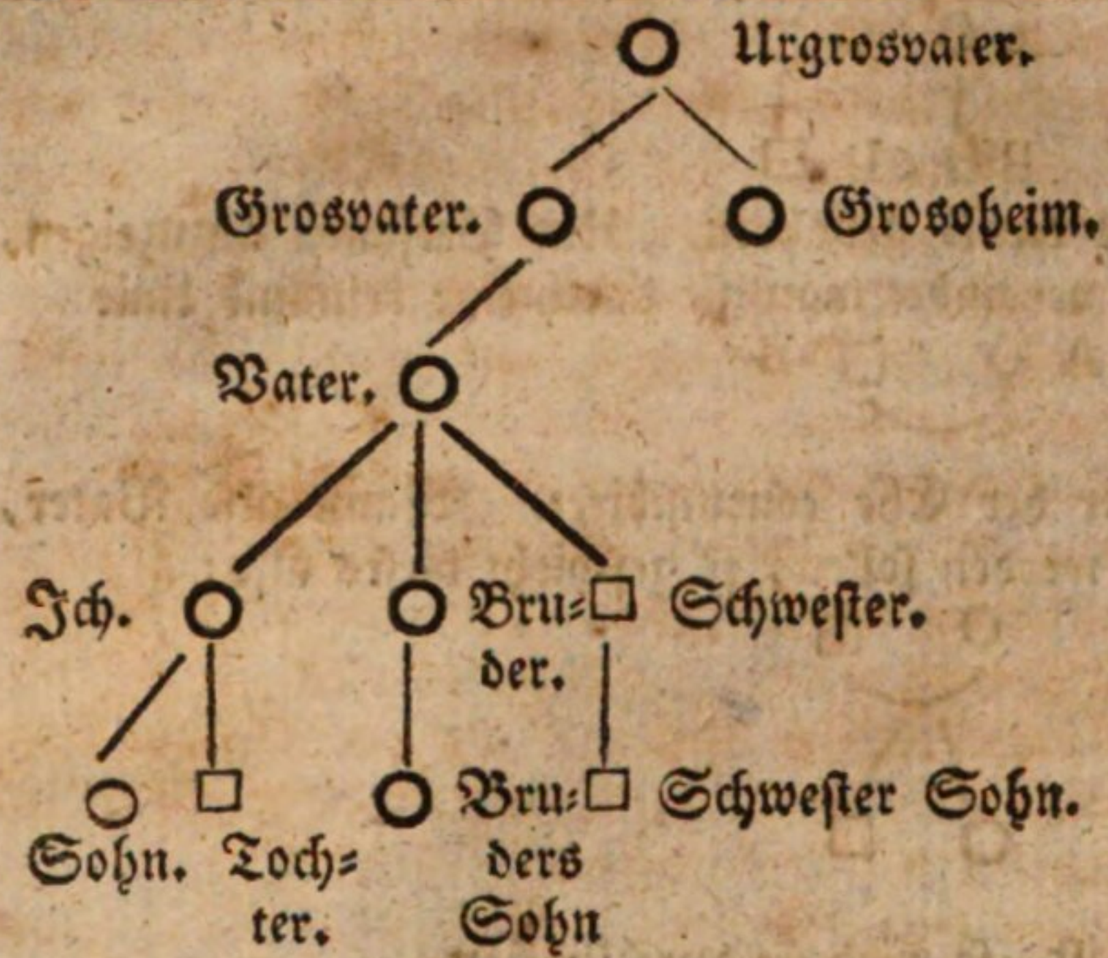
A und B haben in oder ausser der Ehe concumbiret. Wann also Vater, Mutter und Kinder bezeichnet werden sollen, so geschieht dieses also:



Wann eine Person verstorben ist, so wird sie durchstrichen

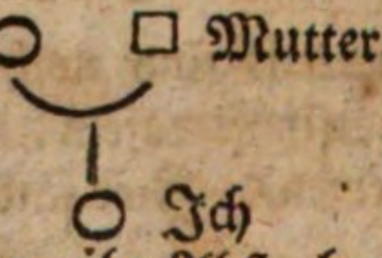
B ist also verstorben, A C und D sind noch am Leben. Mit diesen Zeichen ist es leicht, ganze Verwandtschaftstafeln, oder Sipschaftsbäume (schemata cognationis) zu entwerfen. Hier sind einige:



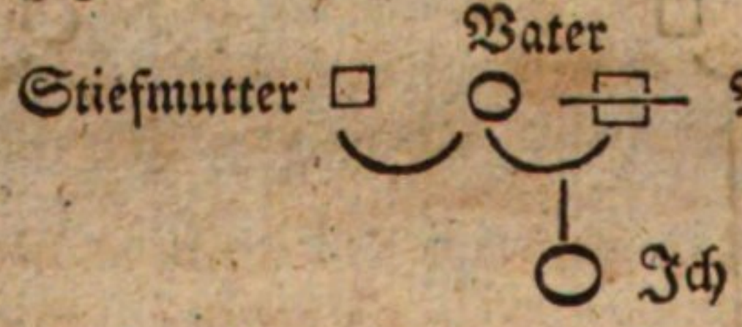


Eine nützliche Uebung für Anfänger ist es, solche Tafeln zu verfertigen; und sie haben dabey zu bemerken, daß man jedesmal bey sich selbst die Bezeichnung anfängt. Wenn ich meine Stiefmutter vorstellen soll, so setze ich mich zuerst hin·

Alsdann steige ich hinauf, und setze meine Mutter und meinen Vater.



Nun wird die Mutter durchstrichen, ihr Absterben anzuzeigen, und dem Vater eine zweyte Frau gegeben



Soll ich meinen Schwiegersohn vorstellen, so setze ich mich an

Alsdann meine Frau und Tochter,

und

und endlich den Mann dieser Tochter

Einige juristische Räthsel, woran man seinen Scharfsinn üben kann, sind: 1) Die leibliche Schwester meiner Tante, die nicht meine Tante ist, wie ist sie mit mir verwandt? 2) Dieses Menschen Vater ist meines Vaters einziger Sohn, wie ist er mit mir verwandt? 3) Dieses Kind ist von meiner Mutter gebohren, und ist gleichwohl weder ihr Sohn, noch mein Bruder. Wie ist es mit ihr und mir verwandt? 4) Zwey Weibspersonen zeigen auf ihre Kinder, und sagen:

Diese Kind sind unsre Kind,
Ihrer Väter unsre Brüder sind,
Und dieses doch in rechter Eh:
Nun rathe wie die Sippschaft steh!

Die Auflösung dieser Räthsel soll unten mitgetheilt werden.

Anmerkung. 1) Die cognati sind nach römischem Recht entweder *cognati* und *agnati* zugleich, oder *cognati* allein. Nemlich Blutsfreunde, die durch Mannspersonen mit einander verwandt sind, heissen *agnati et cognati simul*, oder *agnati* in engerem Verstande; solche aber, deren Verwandtschaft durch Weibspersonen entsteht, heissen *cognati* allein, oder *cognati* in strengerem Verstande. Man kann auch sagen, bey den Agnaten entsteht die Verwandtschaft durch Zeugung, bey den Cognaten durch gebähren. Agnaten also von mir sind, mein Vater, mein Sohn, meine Tochter, meine Schwester, mein Bruder, meines Vaters Bruder, meines Bruders Sohn ꝛc. Cognaten aber meine Mutter, Grosmutter, meiner Mutter Bruder, Mutter Schwester ꝛc. (*1)

2) Die römische Gesetze sagen, die iura cognationis seyen naturalia, die iura agnationis aber ciuilia. Was heist dieß? Ich glaube, es will so viel sagen: die Natur selbst hat schon Blutsfreunde, auch die blose Cognaten verbunden; die bürgerliche Gesetze aber haben unter den Agnaten noch eine neue und besondere Verbindung geknüpft; oder cognatio ist die natürliche Verwandtschaft des Blutes, agnatio die Verbindung, welche die bürgerliche Gesetze unter den Verwandten gestiftet haben. Die Wirkungen also, welche die Verwandtschaft nach dem Naturrecht hervorbringt, haben bey den

Cogna-

Cognaten sowohl, als bey den Agnaten statt; dann beyde sind Blutsfreunde. Die Wirkungen hingegen, welche das römische Recht der Verwandtschaft beylegt, finden allein bey den Agnaten statt. Z. E. die römische Gesetzgeber glauben, daß schon nach dem Naturrecht die nächste Verwandten einander nicht heyrathen dürfen; daher ist die Ehe sowohl den Cognaten, als Agnaten untersagt. Hingegen die Verbindlichkeit über meine unmündige Verwandten Vormund zu werden, und das Successionsrecht ist eine Verordnung des römischen Rechts, wovon das Naturrecht nichts weiß; deswegen findet beydes auch nur bey den Agnaten statt.

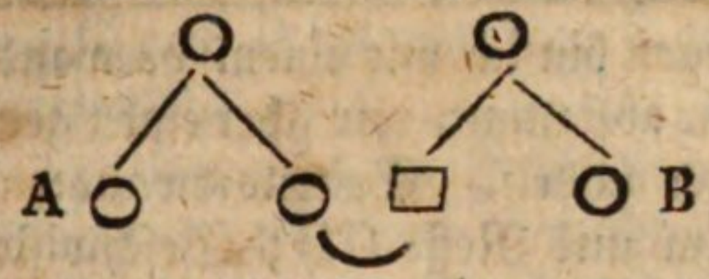
3) Die Agnaten sind entweder Gentilen oder Agnaten in strengerem Verstande. Gentiles nennte man Personen, die zwar einen gemeinschaftlichen Stammvater hatten, aber doch so weitläuftig verwandt waren, daß sie den Grad der Verwandtschaft nicht angeben, keinen Stammbaum mehr entwerfen konnten. Sie führten den Beweis der Verwandtschaft blos durch das nomen gentilitium, imagines gentilitias, sacra gentilitia u. d. g. Solang ein Römer noch wußte, wie er mit dem andern verwandt war, nennte er ihn seinen Agnaten (*[2]).

4) Justinian hat den rechtlichen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben; die Cognaten kommen zur Vormundschaft und Succession mit den Agnaten.

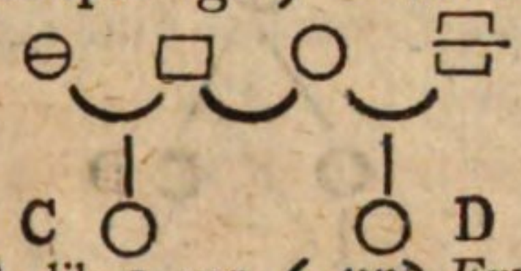
5) Die Verwandtschaft ist entweder blos natürlich, oder blos bürgerlich, oder beydes zugleich. Eine Verwandtschaft, welche durch die Annehmung an Kindesstatt entsteht, heist blos bürgerlich; die, welche durch unehlichen Beyschlaf, oder durch eine Sklavenehe (contubernium seruile) entsteht, ist blos natürlich; diejenige endlich, welche durch ehliche Fortpflanzung bewirkt wird, heist bürgerlich, und natürlich zugleich. Alle drey Arten von Verwandtschaften sind übrigens ein Hinderniß der Ehe.

6) Die Quasiadfinität entsteht entweder aus dem Eheverlöbniß, oder bleibt nach der Ehescheidung. Wann ich mich nemlich mit einer Person verlobe; so werde ich von ihren Verwandten ein quasi adfinis; und wann ich mich von meiner Ehefrau scheiden lasse, sie aber nach der Ehescheidung Kinder von einem andern Manne gebiehrt: so sind diese meine quasi adfines. Auch wann ich nach der Ehescheidung Kinder mit einer andern Frau zeuge, so sind sie quasi adfines von meiner ersten Ehefrau.

7) Wann zwey Personen einander beyschlafen, so werden dadurch die Verwandten der einen Person keine Schwäger von den Verwandten der andern (consanguinei duorum concumbentium non sunt adfines), z. E. der Bruder eines Ehemannes ist kein Schwager von dem Bruder der Ehefrau; oder kurz A und B sind keine Schwäger.



Auch zugebrachte Kinder, (conprivigni) C und D sind nicht verschwägert.

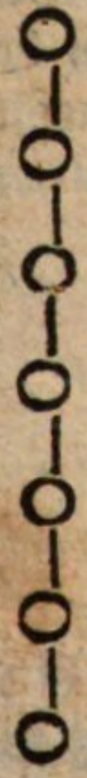


(1) *D'Arnaud* var. coniect. lib. 1. cap. 6. und *Ern. Martin. Chladenius* de gentilitate vet. Rom. cap. 1. § 7. pag. 12. behaupten, nur in den Seitenlinien gebe es Agnaten, nicht in der auf- und absteigenden. Aber *Püttmann* interpret. & observ. cap. 10. widerlegt diese sonderbare Meinung gründlich.

(2) *Chladenius* l. c. cap. 1. §. 3. & 7. cap. 6. §. 3.

§. 116. Von den Graden und Linien.

Bey der Blutsfreundschaft sind die **Linien** und die **Grade** zu bemerken. Der **Grad** ist die **Entfernung der Verwandten.** Ich kann von zwey Personen ein Verwandter, aber doch mit der einen näher, als mit der andern verwandt seyn. Diese verschiedene Entfernung der Verwandten heist der Grad. Die **Linie** ist **eine Reihe von Verwandten,** das heist mehrere Verwandten zusammen genommen machen eine Linie aus. Die Linie ist entweder die **gerade** oder die **Seitenlinie.** Wann ich von einem abstamme, oder er von mir; so sind wir in der geraden Linie verwandt. Diese Linie enthält also **Descendenten,** und **Ascendenten.** Nemlich meine Descendenten heisen alle die, welche von mir abstammen; mein Sohn, Enkel, Urenkel ꝛc.; meine Ascendenten diejenige, von denen ich abstamme; mein Vater, Grosvater, Urgrosvater ꝛc. ꝛc. Die gerade Linie wird auf diese Art vorgestellt:



Urgrosvater.

Grosvater.

Mein Vater.

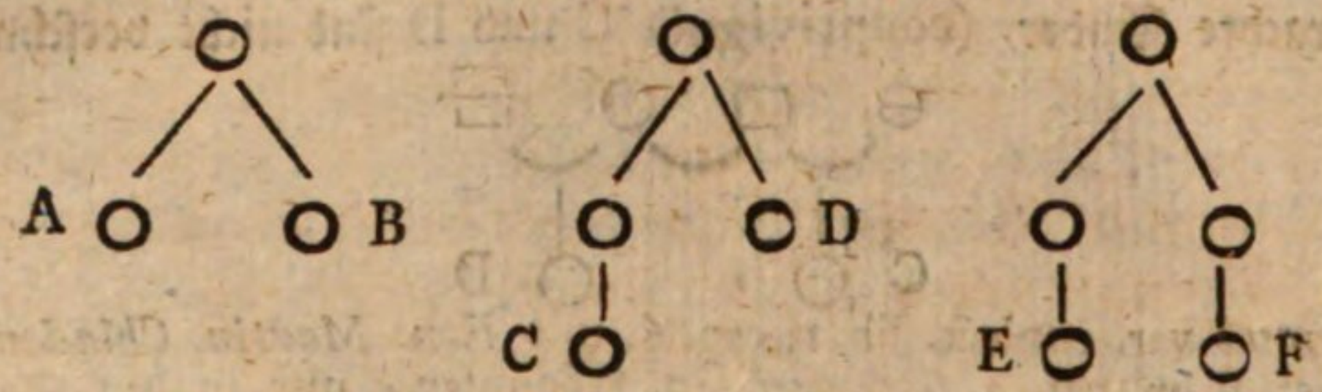
Ich.

Mein Sohn.

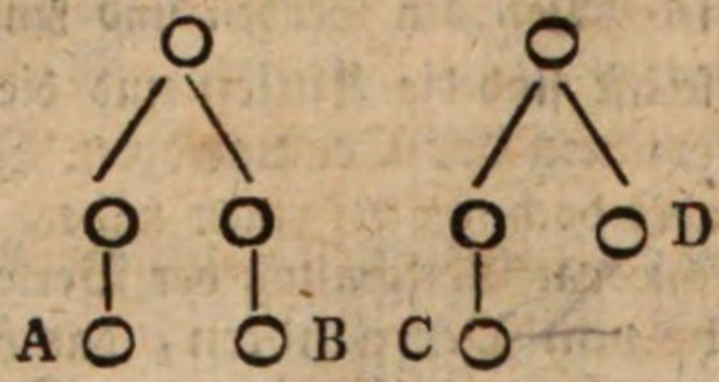
Enkel.

Urenkel.

In der Seitenlinie hingegen bin ich mit einem verwandt, wann ich nicht von ihm, und er nicht von mir abstammt, wir aber einen gemeinschaftlichen Stammvater oder Stammmutter haben. Seitenverwandten oder collaterales also sind Brüder AB; Oheim und Neffe CD; Geschwister Kinder E F ꝛc.



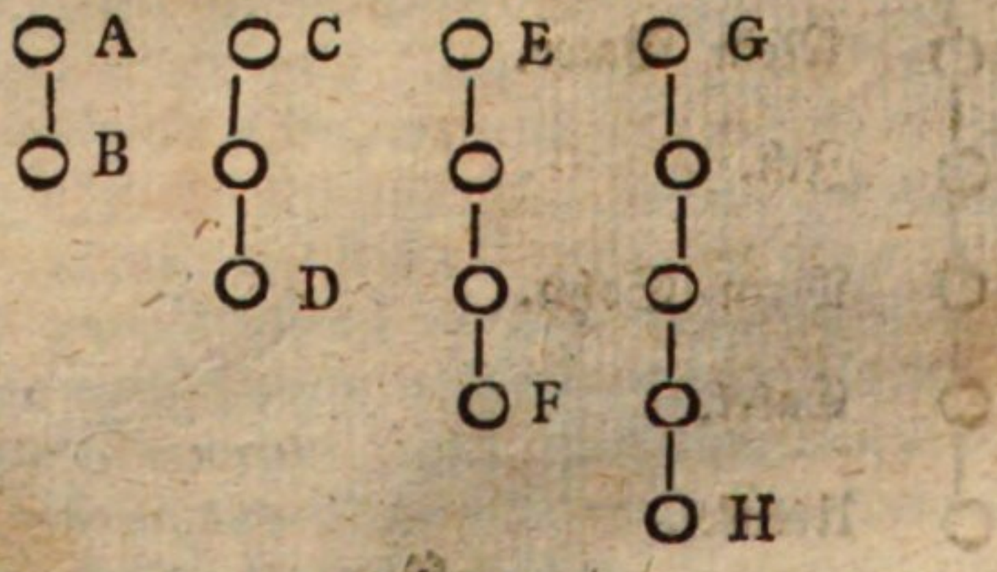
Die Seitenlinie ist entweder gleich oder ungleich. Gleich heist sie, wann auf der einen Seite so viel Personen als auf der andern sind; ungleich, wann auf der einen ihrer mehr sind. Z. E.



A und B sind in gleicher, C und D in ungleicher Linie verwandt.

§. 117. Zählung der Grade in gerader Linie.

Der Grad ist die Entfernung der Verwandten. (§. 116.) Es fragt sich also, wie bestimmt man diese Entfernung, wie zählt man die Grade? Man unterscheide hier die römische und canonische Zählungsart, (computationem civilem et canonicam.) In der geraden Linie stimmen beyde Rechte überein; denn beyde haben die Regel: so viel der Generationen sind, so viel sind der Grade. Da nun die Generationen durch Striche, die von oben nach unten gehen, angedeutet werden, so darf man nur diese Striche zählen, und man weiß die Grade; z. E.

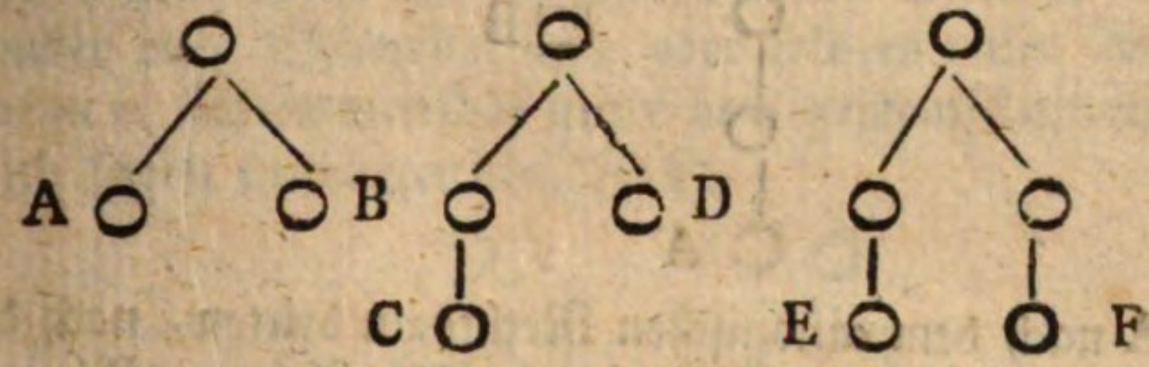


A und

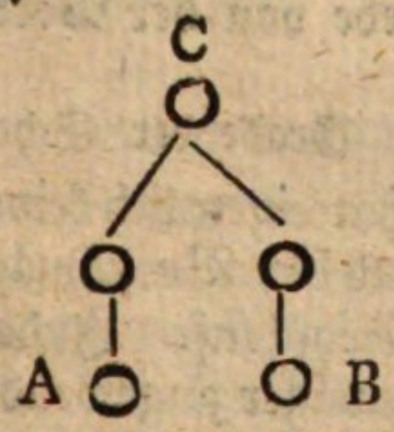
A und B sind im ersten, C und D im zweyten, E und F im dritten, G und H im vierten Grade verwandt.

§. 118. In der Seitenlinie.

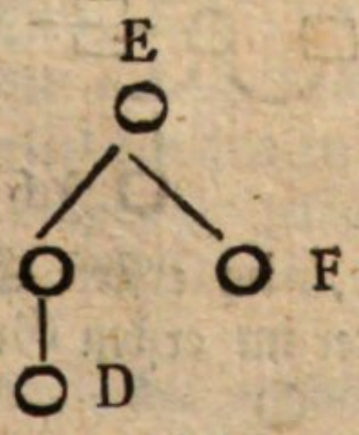
In der Seitenlinie aber gehet das römische und canonische Recht von einander ab. Das römische bleibt bey der Regel: so viel Generationen, so viel Grade. Also man zähle auch hier die Generationslinien.



A und B sind im zweyten, C und D im dritten, E und F im vierten Grade verwandt. Aber das canonische Recht giebt die Regel: man zähle nur Eine Seite, und zwar in der ungleichen Seitenlinie die längste Seite. In dem Grade, worin eine der quästionirten Personen mit dem gemeinschaftlichen Stamme verwandt ist, in demselben Grade ist sie auch mit der andern quästionirten Person verwandt. Z. E. man will wissen, in welchem Grade Geschwister-Kinder A und B verwandt sind.

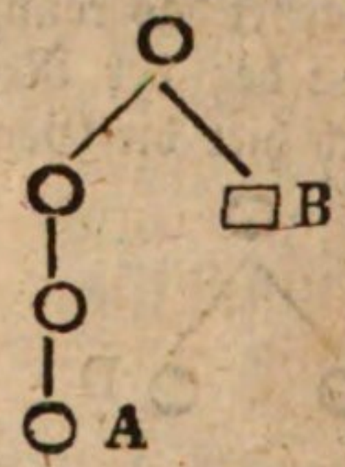


Man zähle wie A mit C, oder auch, wie B mit C verwandt ist. Thut man dies, so findet man, daß jeder im zweyten Grade mit C verwandt sey. In diesem Grade sind daher auch A und B nach canonischem Recht unter einander verwandt. Nach dem römischen stehen sie im vierten Grade. Oder



man will wissen, wie D mit seinem Oheim, mit F verwandt ist. Man zähle die längste Seite, das heist, wie D und E verwandt sind. Sie stehen im

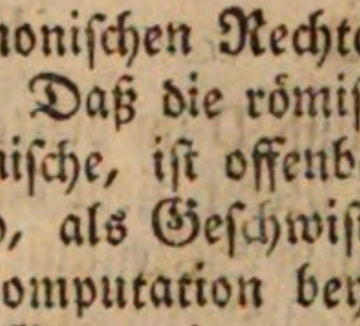
zweyten Grade. Also sind D und F nach dem canonischen Recht auch Verwandte des zweyten Grads; nach dem römischen stehen sie im dritten Grade. Meines Grosvaters Schwester ist mit mir,



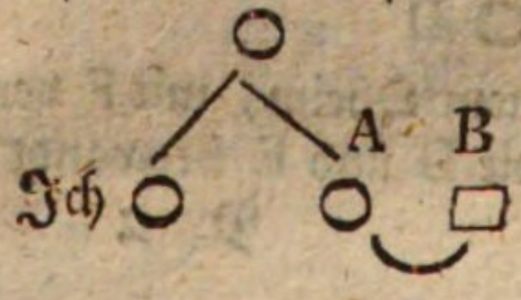
oder B ist mit A nach dem canonischen Rechte im dritten, nach dem römischen im vierten Grade verwandt. Daß die römische Art zu zählen der Vernunft viel gemässer sey, als die canonische, ist offenbar. Ein jeder fühlt, daß Oheim und Neffe näher verwandt sind, als Geschwister Kinder unter sich; gleichwohl sind sie nach der canonischen Computation beyde im zweyten Grade verwandt. Die Grade sollen sich auf die Generationen gründen, warum will man aber zwey Generationen für einen Grad zählen, und warum zählt man die Generationen zwischen der einen quästionirten Person und zwischen dem Stammvater, da doch nicht die Rede von der Verwandrschaft zwischen diesen Personen ist?

§. 119. Grade der Schwägerschaft.

Die Schwägerschaft hat eigentlich keine Grade, dann die Grade entstehen aus der Generation, und bey Verschwägerten ist keine Verbindung durch Generation, sondern durch Beyschlaf. Indessen hat man doch die Lehre von den Graden auch auf die Schwäger angewendet; und die Regel festgesetzt: **in dem Grad, worin jemand mit mir verwandt ist, in demselben Grad ist auch die Person, welche mit ihm concumbiret, mir verschwägert;** z. E.



Ich bin mit A, meinem Vater, im ersten Grade verwandt, daher bin ich auch mit B, meiner Stiefmutter im ersten Grade verschwägert. Oder

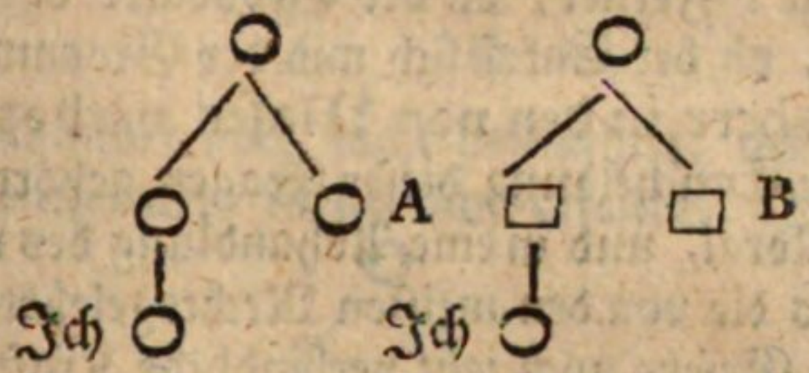


Ich

Ich bin mit A meinem Bruder im zweiten Grade nach römischem Recht, im ersten nach canonischem verwandt. Also bin ich mit B im zweyten Grade nach römischer Zählart verschwägert, nach der canonischen aber im ersten.

§. 120. Personen, die an Eltern statt sind.

Von gewissen Personen sagt man, daß sie mir an Eltern statt seyen. Ein Blutsfreund nemlich ist mir an Eltern statt, wann er eines meiner Ascendenten Bruder oder Schwester ist, oder wie es unser Autor undeutlicher ausdrückt, wenn er sich unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stamme befindet, und ich davon entfernter bin. Z. E.



A ist mir an Eltern statt, denn er ist meines Vaters Bruder; B ist mir an Eltern statt, denn sie ist meiner Mutter Schwester. Mein Grosoncle (thius) und meine Grostante (thia) sind mir ebenfalls an Eltern statt, denn sie sind meines Grosvaters Bruder und Schwester. Man nennt dieses Verhältniß den *respectum parentelae.*

§. 121. Regeln von den verbotenen Graden nach römischem Rechte.

Weiß man die bisher vorgetragene Begriffe und Regeln: so ist es leicht, die Regeln von den verbotenen Graden zu verstehen. Die Regeln des römischen Rechts sind: 1) in der geraden Linie, oder zwischen Ascendenten und Descendenten ist die Ehe bis ins Unendliche (das heist, der Grad mag so entfernt seyn, als er will, verboten. Also Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Grosvater und Enkelin, Grosmutter und Enkel ꝛc. dürfen einander nicht heyrathen; und wann Adam wieder auferstünde, so dürfte er nach dieser Regel keine Erdentochter freyen, weil sie alle in gerader Linie von ihm abstammen. 2) In der Seitenlinie ist der zweyte Grad verboten, das heist Geschwister dürfen einander nicht heyrathen. 3) Die folgende Grade sind erlaubt, wenn nur eine Person der andern nicht an Eltern statt ist. Denn wann dieß ist, so verhindert der respectus parentelae die Ehe. Also Geschwisterkinder können sich heyrathen, aber Oheim und Niece, Tante und Neveu nicht.

§. 122. Verbote des mosaischen Rechts.

Im mosaischen Gesetze, und zwar 3. B. Mos. 18. und 20. Cap. ist 1) die Ehe verboten zwischen Eltern und Kindern, 2) zwischen Grosvater und Enkelin,

kelin, 3) zwischen Geschwistern, 4) zwischen mir und meines Vaters Schwester, desgleichen 5) zwischen mir und meiner Mutter Schwester. Es wird aber darüber gestritten, 1) ob diese Gesetze die Christen verpflichten, und wann man dieses bejahet, 2) ob die Personen, oder die Grade verboten sind; das heist: ob blos denen Personen das Heyrathen untersagt ist, die im dritten Buch Mos. ausdrücklich genennt sind, oder ob auch solchen Personen die Ehe verboten ist, die dort nicht ausdrücklich genennt sind, die aber in demselben Grade mit einander verwandt sind, worinn die dort benannte stehen? Nemlich die Ehe mit der Tante ist verboten, ist also die Ehe mit dem Oheim auch untersagt? Ferner, da der Grosvater die Enkelin nicht heyrathen darf, so fragt sichs, ob der Enkel sich mit der Grosmutter verehlichen könne. 3) Ob der Landesherr in den von Moses verbotenen Fällen dispensiren könne? Die Entscheidung dieser Fragen gehört nicht hierher, sondern in die theologische Moral, und in eine Abhandlung des mosaischen Rechtes (* 1)

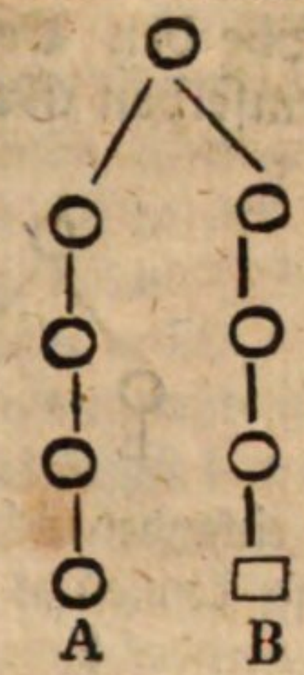
Sonst war es die von den meisten Rechtsgelehrten angenommene Meinung, a) daß diese Gesetze noch jetzt verbindliche Kraft haben, b) daß sie nur die Personen nicht die Grade verbieten, wo nicht der ausgelassene Fall mit dem benennten völlig einerley ist, (die Ehe also zwischen dem Enkel und der Grosmutter sey verboten;) und c) daß dagegen keine Dispensation statt finde. Allein die neuere aufgeklärteste Theologen halten die mosaische Eheverbote für bloße Policeygesetze, welche allein den jüdischen Staat angehen. Der Landesherr könne also auch die in der Bibel ausdrücklich verbotene Ehen erlauben. Doch sey es nicht rathsam, die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten, desgleichen zwischen Geschwistern zu verstatten, weil dieses mancherley höchst schädliche Folgen haben würde. Ein Landesherr könne also hier mit gutem Gewissen nicht dispensiren (* 2).

(1) Man sehe *Gebauer* diss. de matrimonio cum avunculi vidua cap. 2. §. 2. & 3. in opusc. vol. 1. p. 254 sqq. Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis, Göttingen 1768. 4. und dessen Mos. Recht. 2. Theil. §. 101. u. f. f.

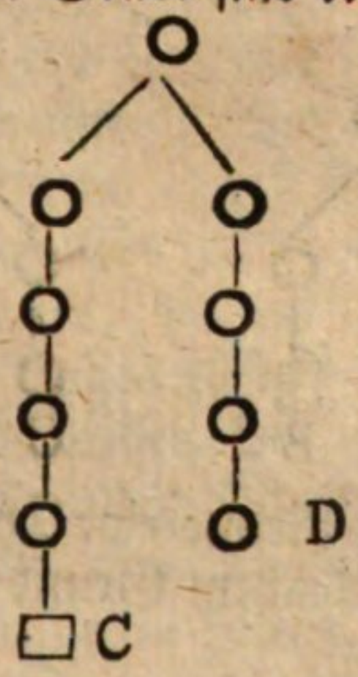
(2) S. Michaelis Mos. Recht a. a. O. Schott's Eherecht S. 238 u. f.

§. 123. Des canonischen und protestantischen Kirchenrechts.

Das canonische Recht verbietet die Ehe 1) in der geraden Linie alle Grade hindurch. 2) In der Seitenlinie bis auf den vierten Grad, nach canonischer Zählungsart. Also



A und B dürfen sich einander noch nicht heyrathen, weil sie im vierten Grad verwandt sind. Die entferntere Grade sind erlaubt. Also



C und D dürfen einander heyrathen, dann sie sind im fünften Grade verwandt.

In protestantischen Ländern sieht man 1) auf die mosaische Gesetze und 2) auf die Kirchenordnungen. Man hat nemlich in vielen Ländern die mosaische Eheverbote in den Kirchenordnungen theils bestätigt, theils weiter ausgedehnt, und noch mehrere Ehen verboten, als in der Bibel untersagt sind. Wo man dergleichen Ordnungen aber nicht hat, da ist, meiner Meynung nach, blos auf das mosaische, nicht auf das römische, und noch weniger auf das canonische Recht Rücksicht zu nehmen (* x).

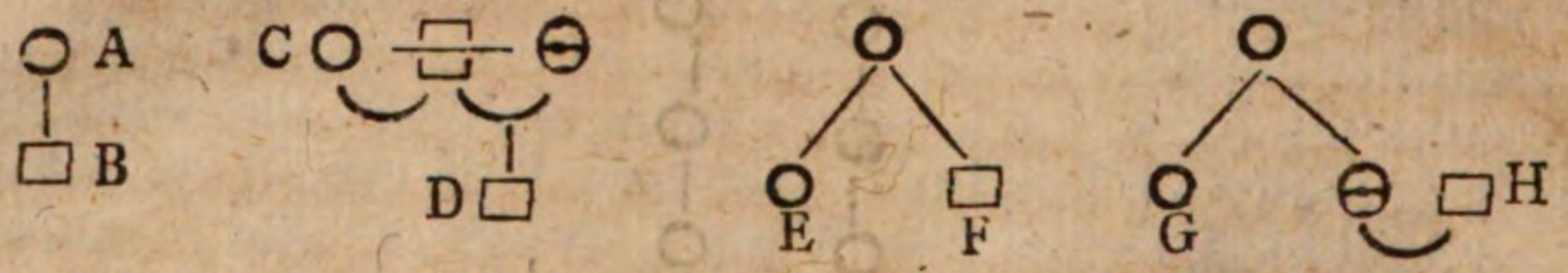
(1) Andere halten dafür, daß das römische und canonische Recht allerdings bey den Protestanten gelte. Noch andere, daß durch eine beynahe allgemeine Observanz der dritte Grad, und die entferntere, wobey respectus parentelae eintritt, verboten, die übrigen aber erlaubt seyen. S. *G. L. Boehmer* princip. iur. can. §. 411. (edit. 2.) not. 6. Schott's Eherecht S. 252. u. f.

§. 124. Ehen, die wegen der Schwägerschaft verboten sind.

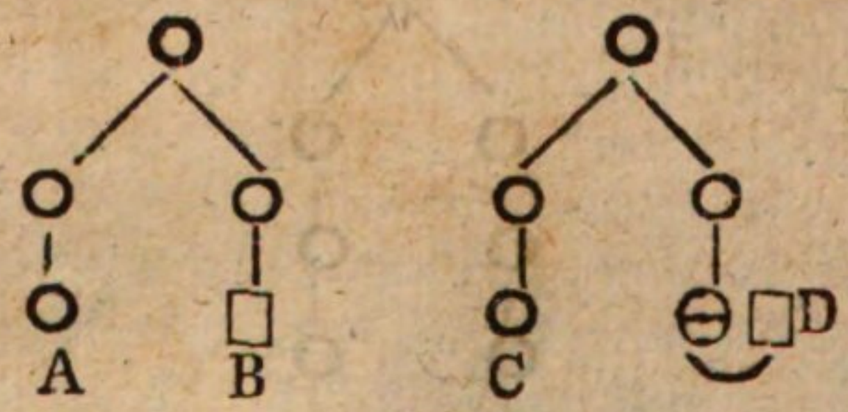
Welche Ehen aber sind der Schwägerschaft wegen verboten? Das römische und canonische Recht haben die Regel, **wann in einer Linie**, oder

in

in einem gewissen Grade die Ehe den Verwandten verboten ist: so ist sie in derselben Linie, in demselben Grade auch den Schwägern verboten, z. E.



Da A und B Vater und Tochter einander nicht heyrathen können, weil sie in der geraden Linie verwandt sind: so können es auch C und D, Stiefvater und Stieftochter nicht, denn sie sind in gerader Linie verschwägert. E und F sind im zweyten Grad verwandt, und können daher sich nicht heyrathen. Eben daher ist es auch dem G und der H verboten, denn sie sind in eben diesem Grade Schwäger. Hingegen



A und B können nach römischem Rechte eine Ehe schliessen, da sie Blutsfreunde im vierten Grade sind. Aus gleichem Grund ist es daher auch dem C und der D erlaubt.

Nach dem **mosaischen Recht** hat die Sache mehr Schwierigkeiten. Dieses Recht verbietet 1) die Ehe des Stiefsohns mit der Stiefmutter, 2) mit des verstorbenen Brudersweib, ausgenommen, wenn der Bruder, ohne Kinder zu hinterlassen, gestorben ist; dann in diesem Falle soll der überlebende Bruder die Wittwe heyrathen. 3) Die Ehe mit des Vaters Bruders Weib.

Es fragt sich aber auch hier, ob andere gleiche Grade ebenfalls verboten seyen; ob es erlaubt sey a) die Stieftochter, b) der verstorbenen Ehefrauen Schwester, c) des Mutterbruders Wittwe, d) Brudersohns Wittwe, e) Schwestersohns Wittwe zu heyrathen.

Ich glaube, daß Moses nur die Fälle verbieten wollte, die er ausdrücklich nennt. Nur alsdann, wenn ein ausgelassener Fall dem benennten vollkommen gleich ist, so ist er als stillschweigend verboten anzusehen. Es ist also die Ehe des Stiefvaters mit der Stieftochter eben sowohl untersagt, als die Ehe des Stiefsohnes mit der Stiefmutter. Hingegen in den übrigen Fällen b) c) d) und e) ist sie nicht verboten.

Ferner

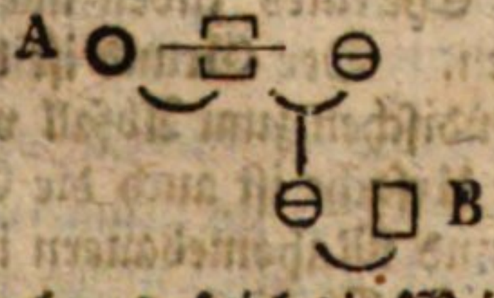
Ferner fragt sichs, ob in den verbotenen Fällen Dispensation statt finde? Die Ehe zwischen Stiefeltern und Stiefkindern wird wohl schwerlich erlaubt werden, weil die Verstattung dieser Ehen auch heutiges Tags viele böse Folgen haben könnte. Hingegen die Ehe mit des Bruders oder Vaterbruders Wittwe wird weniger Hinderniß finden (* 2), der verstorbene Bruder mag nun Kinder hinterlassen haben oder nicht.

Vom protestantischen Kirchenrechte ist eben das zu wiederholen, was ich in der Lehre von der Verwandtschaft §. 123. gesagt habe. Man sieht auf die Kirchenordnungen und auf das mosaische Recht.

(1) *Heinecc.* ad L. Jul. & Pap. Popp. lib. 2. cap. 17. §. 2.
(2) Engelhard am a. O. S. 101. u. f. f.

§. 125. Von unanständigen Ehen.

Die erste Art von verbotenen Heyrathen haben wir kennen gelernt. Die zweyte Art sind die unanständige, (nuptiae *indecorae.*) Dahin gehört 1) die Ehe eines Freygebohrnen mit einer Person, die artem ludicram getrieben hatte, das heist für Geld als Actrice oder Tänzerin auf dem Theater erschienen war; oder die ein Bordel gehalten hatte; oder selbst eine öffentliche Hure gewesen war; desgleichen mit einer, die ein Hurenwirth freygelassen hatte; die im Ehebruch ergriffen, oder wegen dieses, oder eines andern öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden war. 2) Die Ehe eines Senators, oder Senatorkindes, Enkels, Urenkels mit einer Weibsperson von der eben beschriebenen Art; desgleichen mit einer Freygelassenen, oder mit einer Person, deren Eltern das Theater betretten hatten. Auch den Töchtern, Enkelinnen und Urenkelinnen eines Senators war die Ehe mit Mannspersonen von dieser Art verboten. Beyde Verbote waren in der berühmten L. Papia Poppaea enthalten, und Heineccius hat sie am angeführten Ort in seinem Commentar schön erläutert. 3) Wer mit einer Weibsperson einen Ehebruch begangen hat, darf sie nach römischen Gesetzen nicht heyrathen; auch einem Entführer ist die Ehe mit der Entführten untersagt. 4) Kann der Stiefvater seines Stiefsohns Wittwe, A die B nicht heyrathen.



5) Ist es nicht erlaubt, daß ich die Weibsperson heyrathe, welche meine abgeschiedene Ehefrau von einem andern Manne gebohren hat. Der Grund ist die Quasiadfinität. (§. 115. * VI.) Auch wann mein Vater, oder mein Sohn als Verlobter stirbt: so darf ich seine Braut nicht zur Ehe nehmen. Die

Ursache liegt wieder theils in der Quasiadfinität, theils in Vermuthung, daß der Verstorbene die Braut schon beschlafen habe; weil man weiß, daß dieß bey Verlobten nicht ungewöhnlich ist. Allein Justinian hat das erste und zweyte Verbot aufgehoben. Justin erlaubte schon in der L. 23. C. de nupt. die Ehe eines Senators mit einer Schauspielerin, (muliere scenica,) weil Justinian damals ein Frauenzimmerchen dieser Art, seine Theodora, heyrathen wollte; er erforderte aber doch, daß darüber jedesmal bey dem Kaiser ein besonderes Rescript impetriret werden sollte. Als Justinian zur Regierung gelangte, gab er im Jahr 527, 539 und 541 drey Verordnungen, worinn er die beyde Verbote völlig aufhob. Das dritte Verbot ist im canonischen Recht abgeschafft. Innocentius III. verordnet im cap. fin. X. de raptor. daß der Entführer die Entführte heyrathen dürfe, wann sie consentirt; und das tridentinische Concilium sess. 24. de reform. matr. c. 6. setzt nur hinzu, wann die Entführte frey, und ausser der Gewalt des Entführers einwilliget. Der Ehebrecher darf nach den cap. 1. 3. 6. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium, die Ehebrecherin heyrathen, wann nur die Ehebrecher einander nicht die Ehe auf den Todesfall der andern Ehegatten versprochen haben, auch der Ehebrecher seiner Frau, und die Ehebrecherin ihrem Manne nicht nach dem Leben gestanden hat; eine seltsame Verordnung, indem niemand wissen kann, ob ein solches Eheversprechen geschehen ist, und ob keine Nachstellungen nach dem Leben vorgegangen sind. Das vierte und fünfte Verbot ist zwar nicht aufgehoben; indessen wird es doch nicht schwer seyn, in diesen Fällen Dispensation zu erhalten. Nur muß in dem Falle, wenn jemand seines verstorbenen Vaters oder Sohnes Braut heyrathen will, die Braut einen Eyd ablegen, daß der Verstorbene sie noch nicht beschlafen habe (* 1).

(1) *Knorr* obs. 83. ad Inst.

§. 126. Von schädlichen Ehen.

Die dritte Gattung von verbotenen Ehen sind die schädlichen, (*noxiae.*) Als schädlich ist nemlich 1) die Ehe eines Juden mit einer Christin, und eines Christen mit einer Jüdin verboten. Der Grund ist die Besorgniß, der christliche Ehegatte möchte von dem jüdischen zum Abfall vom christlichen Glauben verführt werden. Aus gleicher Ursache ist auch die Ehe mit einem Unglaubigen, (infideli,) also mit Heiden und Mahomedanern im canonischen Rechte verboten. Can. 15. Caus. 28. Qu. I. Christen von verschiedenen Religionspartheyen, z. E. Catholiken mit Lutheranern oder Reformirten können in Deutschland ohne Zweifel eine gültige Ehe schließen. 2) Ein Vormund, tutor oder curator, (* 1) darf sich nicht mit seiner Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe er

die

die Vormundsrechnung abgelegt hat. Dann die Gesetzgeber besorgen, daß ein treuloser Vormund, welcher übel hausgehalten hat, und mit der Rechnung nicht bestehen kann, eine solche Heyrath brauchen werde, um sich zu decken, und glauben, daß die pflegbefohlne Ehefrau sich nicht unterstehen werde, Rechnung zu fordern. Aus gleichem Grunde darf ein Vormund seinen Sohn nicht mit der Pflegbefohlnen verheyrathen, ehe die Vormundsrechnung abgelegt ist. Die Frau würde eben so wenig getrauen, ihren Schwiegervater zur Rechnungsablage anzuhalten. Eine ausführliche Abhandlung über diese Materie giebt Westenberg. (* 2) Noch ist anzumerken, daß diese Ehe, wann sie wirklich geschlossen worden ist, nicht null sey, wann nicht Landesgesetze ein anderes verordnen. (* 3) Daß aber das römische Verbot heutzutage ganz aufgehoben sey, wie Westenberg am a. O. §. 33. sagt, möchte ich nicht behaupten. 3) Soll kein Gouverneur einer Provinz, kein Praeses, Proconsul, Propraetor u. d. gl. sich mit einer Weibsperson aus der Provinz verheyrathen. Auch seinen Sohn, Enkel oder andere nahe Verwandte soll er nicht mit einer Provinzialin verheyrathen. Die Gesetzgeber glauben, daß die große Gewalt des Gouverneurs keinen freyen Consens auf Seiten der Weibspersonen und ihrer Eltern statt finden lasse. Heutiges Tages fällt dieses Verbot ganz weg. 4) Nach dem canonischen Recht dürfen die Geistliche (clerici) und andere Personen, welche das Gelübde der Keuschheit abgelegt haben, nicht heyrathen. Dergleichen sind a) die Mönche; denn sie müssen drey vota oder Gelübde, nemlich der Keuschheit, Armuth und des Gehorsams ablegen; b) die Ritter des deutschen Ordens und die Maltheser Ritter, denn auch diese leisten das Gelübde der Keuschheit. Bey den Protestanten ist die Ehe den Geistlichen erlaubt, so wie sie auch in der ersten christlichen Kirche erlaubt war. Mönche haben wir nicht; allein die protestantische Ritter des Maltheser- und deutschen Ordens dürfen sich nicht verehlichen.

(1) Der Unterschied eines Tutors und Curators wird im 23. Titel dieses Buches erklärt werden.
(2) In Divo Marco. Diss. 45.
(3) *Stryk* us. mod. tit. de ritu nupt. §. 10. *Gnüge* progr. de matrimonio tutoris vel curatoris cum pupilla vel adulta contracto.

§. 127. Wirkungen der Ehe in Ansehung beyder Ehegatten überhaupt.

Die gesetzliche Wirkungen der Ehe betreffen entweder die Ehegatten, oder die Kinder. Jene gehen entweder beyde Ehegatten, oder nur den Mann, oder nur die Frau an. Wirkungen, welche beyde Ehegatten angehen, sind das Recht der Ehegatten, den Beyschlaf von einander zu verlangen, (ius in corpus;) die Verbindlichkeit zur ehelichen Treue, oder die Verbindlichkeit, den Beyschlaf mit allen andern Personen zu meiden; und

die Verbindlichkeit zu einer gemeinschaftlichen Wohnung und Haushaltung.

§. 128. Rechte des Ehemanns und der Ehefrau insonderheit; Wirkungen der Ehe in Ansehung der Kinder.

Die Rechte des Ehemannes sind 1) eine Oberherrschaft über die Frau, oder das Recht ihre Handlungen zu lenken, in so weit es das Beste der ehelichen Gesellschaft erfordert. Daraus fließt die Schuldigkeit der Frau, dem Manne Ehrerbietung und Gehorsam zu leisten; dem Manne zu folgen, wenn er seine Wohnung ändert; und das Recht des Mannes, durch die Arbeiten und Bemühungen der Frau zu erwerben. Wenn die Frau im Hauswesen Dienste leistet, kochet, waschet, nähet ꝛc. kurz, wann sie operas *domesticas*, *oeconomicas* leistet, wie sie die Juristen nennen: so gehört der Nutzen ohne Zweifel dem Manne. Eben dieses ist Rechtens, wann der Mann ein Handwerk, eine Kunst, ein Gewerbe treibt, und die Frau ihm dabey Hülfe, oder, wie die Juristen sagen, operas *communes s. medias* leistet. Wann aber die Frau selbst ein Gewerbe, Handthierung, Kunst, z. E. Hebammenkunst treibt, und dadurch etwas erwirbt, (si *operis artificialibus* adquirit:) so gehört es nach der richtigern Meinung und der Regel nach ihr, und nicht dem Manne. (* 1) 2) Die väterliche Gewalt über die Kinder, welche im vorigen Titel beschrieben worden ist.

Die Rechte der Ehefrau sind 1) daß sie an dem Gerichtsstande und der Würde des Mannes Theil nimmt. Nemlich sie steht unter derselben Gerichtsbarkeit, welcher der Mann unterworfen ist. Wenn z. E. eine Weibsperson von bürgerlichem Stande einen Mann heyrathet, welcher der akademischen Gerichtsbarkeit unterworfen ist: so kommt sie auch unter diese Jurisdiction. Auch die Würde, der bürgerliche Character und Rang des Mannes wird der Ehefrau mitgetheilt. 2) Hat sie ein Recht auf die Alimente, Essen, Trinken, Kleidung und Arzneymittel, und auf die Vertheidigung. Wann sie nemlich injuriirt wird: so ist der Mann befugt, und der Frau verbunden, eine Injurienklage anzustellen.

In Ansehung der Kinder folgt aus der Ehe 1) das Recht der ehelichen Geburt; eheliche Kinder haben Rechte, welche den unehelichen nicht zustehen. Uneheliche Kinder haben nicht die Erbrechte der ehelichen Kinder; werden auch heutzutage nicht in Zünfte oder Gilden aufgenommen. 2) Die Wirkung der Legitimation. Wann nemlich jemand Kinder ausser der Ehe gezeugt hat, und deren Mutter heyrathet, so werden die uneheliche Kinder legitimiret, das heißt ehelich gebohrnen gleich geachtet. (§. 139.)

Anmerkung. Nach dem alten römischen Recht wurde die Ehe entweder dergestalt eingegangen, daß die Frau in manum mariti, das heißt in die

Gewalt

Gewalt des Mannes kam, oder nicht. Im ersten Falle hieß sie *mater familias*; bekam des Mannes Namen, und der Mann hatte beynahe dieselbe Rechte über sie, welche ein Vater über seine Kinder hatte; alles, was die Frau im Vermögen hatte, gehörte dem Manne eigenthümlich, und er adquirirte alles, was sie erwarb. Sie wurde mit dem Manne als Eine Person angesehen, konnte kein Testament machen, hatte das ius sui heredis, (§. 538. u. f. f.) mußte zum Erben eingesetzt oder exherediret werden u. s. w. Im letzten Fall aber hieß die Frau *matrona*; bekam des Mannes Namen nicht; der Mann erhielt nichts als die Brautgabe, das übrige Vermögen blieb der Frau eigen, und hieß bona paraphernalia; die Frau erbte den Mann nicht, und der Mann nicht die Frau, bis endlich der Prätor den Ehegatten einiges Erbrecht gab u. s. w. Ayrer am a. O. ha: dieses alles weitläuftig und gut ausgeführt. Zu den Zeiten des Tiberius scheint schon die conventio in manum ungewöhnlich geworden zu seyn. Gellius redet davon, als von einer alten abgekommenen Gewohnheit. In den Pandecten kommt nichts mehr davon vor. (* 2)

(1) *Stryk* us. mod. tit. de rit. nupt. §. 78. seqq. Struben rechtl. Bed. 4. Theil. 25. Bedenken.

(2) *Toullieu* de iure nuptar. P. 1. C. 5. apud Fellenberg p. 238. Vol. II.

§. 129. Trennung vor der Ehe.

Die Ehe hört auf 1) durch den Tod, sowohl den natürlichen als den bürgerlichen. Bürgerlicher Tod heißt im römischen Recht, wann jemand seine Freyheit oder sein Bürgerrecht verliert. (§. 188.) Wann sich heutzutage der Fall zutrüge, daß ein Ehegatte in die Sklaverey fiele, oder des Landes verwiesen würde: so könnte der andere Ehegatte nach bewandten Umständen auf die Ehescheidung klagen. Aber von selbst (ipso iure) würde die Ehe nicht aufgehoben seyn. Die Ehe wird 2) durch die Ehescheidung (divortium) getrennt. Man versteht darunter eine Aufhebung einer an sich gültigen Ehe, die aus rechtlichen Ursachen von der Obrigkeit geschieht. Also sie ist 1) eine Aufhebung der Ehe. Eine Aufhebung des Eheverlöbnisses heißt repudium. Sie ist 2) eine völlige Aufhebung der Ehe. Wann man das Eheband nicht trennet; aber den Ehegatten, die in Uneinigkeit und Streit leben, erlaubt, getrennt zu wohnen, um mit Hülfe der Zeit eine Versöhnung zu bewirken: so heißt man dieses die Scheidung von Tisch und Bette, *separatio quoad thorum et mensam*. 3) Man hebt ferner eine gültige Ehe auf. Denn ist die Ehe an sich nichtig, z. E. zwey Geschwister hätten einander geheyrathet; oder eines der Ehegatten wäre schon vor Schließung der Ehe zum Beyschlaf ganz untüchtig gewesen u. s. w. so kann die Obrigkeit die Ehe für nichtig erklären, aber keine Ehescheidung findet statt. 4) Erfordert sie rechtliche Ursachen. Nach dem alten römischen Recht konnten sich die Ehegatten nach Belieben trennen.

In den neuen Gesetzen L. 8. C. de repud. und der Nov. 117. cap. 8. wurden gewisse Ursachen festgesetzt. Aber in der Nov. 140. cap. 1. hob Justinian diese Verordnungen wieder auf, und erlaubte den Ehegatten sich nach Gefallen zu scheiden. Das canonische Recht verstattet gar keine Ehescheidung, weil es die Ehe für ein Sacrament hält: sondern erlaubt nur eine Trennung von Tisch und Bette. Die Protestanten endlich scheiden die Ehe; aber nur aus wenigen sehr wichtigen Ursachen. Welche Ursachen dazu hinreichend seyen, ist sehr controvers. Daß Ehebruch, Lebensnachstellungen und bösliche Verlassung hinreichen, ist ausgemacht. Allein ob nicht jeder andre Umstand, welcher macht, daß der Zweck der Ehe nicht mehr erreicht werden kann, ebenfalls eine gegründete Ursache zur Ehescheidung abgebe, darüber streiten die Kirchenrechtslehrer. Die meiste neigen sich indessen heutzutage mit Grund zu der bejahenden Meinung. (* 1)

(1) *Pufendorf* Tom. I. obs. 160. *G. L. Boehmer* princ. iur. can. §. 408.

De dote et pactis dotalibus.

§. 130. Was ist die Brautgabe?

Gewöhnlich wird bey Schließung der Ehe ein Brautschatz gegeben, und nach römischen Sitten auch eine *donatio propter nuptias* errichtet. Von der letzten handelt unser Autor im 8. Titel des zweyten Buches, §. 416. Von dem Brautschatz aber ist hier zu reden. Brautschatz, Brautgabe, Mitgift, dos ist alles das, was eine Ehefrau ihrem Ehemanne mitbringt, oder was jemand anders im Namen der Ehefrau dem Ehemanne giebt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Der Brautschatz ist also von den Paraphernalgütern unterschieden. Man versteht unter diesen das Vermögen der Frau, was sie noch ausser dem Brautschatze besitzt. Die ältere lateinische Schriftsteller nennen diese Güter bona receptitia, die neuere aber bona paraphernalia. (* 1) Heutiges Tages unterscheidet man bona paraphernalia und receptitia, indem man paraphernalia das Vermögen nennt, was die Frau ausser dem Brautschatz hat, aber doch ihrem Manne in den Besitz und Nießbrauch giebt; receptitia aber, was sich die Frau zu eigner Disposition und Nutznießung vorbehalten hat. Uebrigens ist die Distinction zwischen den Dotal- und Paraphernalgütern sehr wichtig. Ich will nur den einzigen Nutzen anführen, daß die Dotalgüter in dem Concurs in die zweyte, die Paraphernalgüter aber in die dritte Classe gesetzt werden. Wann nemlich jemand mehr Schulden hat, als er bezahlen kann, so entstehet ein Concurs über sein Vermögen,

mögen, und seine Glaubiger werden in gewisse Classen gesetzt. Die erste Classe geht in der Bezahlung der zweyten vor, die zweyte der dritten ꝛc. Es ist also ein großer Vorzug der Dotalgelder, daß sie in die zweyte Classe gesetzt werden, und die Ehefrau erhält dadurch oft ihre Brautgabe wieder, wenn andere Glaubiger leer ausgehen.

(1) *Huber* praelect. ad Pand. tit. de iur. dot. §. 15.
(2) *Kraut* diss. sub praesid. *Meister*. de bonis uxoris etc. §. 13.

§. 131. Eintheilungen derselben.

Die Brautgabe ist von verschiedener Art. Sie wird 1) in dotem *adventitiam* und *profectitiam* eingetheilt. Wann der Vater aus seinem Vermögen seiner Tochter, oder ein anderer, aber blos um des Vaters willen, um diesem einen Gefallen zu thun, einen Brautschatz giebt; so heißt er dos profectitia. Giebt hingegen die Ehefrau selbst aus ihrem Vermögen die Brautgabe, oder ein anderer, der nicht Vater ist, giebt sie, und zwar nicht in Rücksicht auf den Vater: so heißt sie dos adventitia. 2) Ist dos entweder *necessaria* oder *voluntaria*. Der Vater nemlich ist schuldig, seine Tochter zu dotiren; andere Personen aber geben die Brautgabe aus freyem Willen. Wann also der Vater einen Brautschatz mitgiebt, so heißt er dos necessaria; wann ihn ein anderer giebt, dos voluntaria. 3) Ist dos entweder *aestimata* oder *non aestimata*. Wann die bewegliche oder unbewegliche Sachen, woraus die Brautgabe besteht, in den Ehepacten angeschlagen werden, ihr Werth festgesetzt wird: so heißt es dos aestimata; ausserdem non aestimata. Diese Distinction hat practische Wirkungen, wie im §. 418. gezeigt werden soll.

Eine wichtige hieher gehörige Frage ist, ob die Distinction in dotem necessariam und voluntariam noch im neuern römischen Recht und also auch bey uns statt finde; ob nemlich auch nach diesem Recht der Vater verbunden ist, die Tochter zu dotiren; oder ob dieses von seinem freyen Willen abhänge, und folglich alle Brautgabe nach den neuen Gesetzen dos voluntaria sey? Viele Rechtsgelehrten (* [1]) behaupten dieses letzte. Ihr Grund ist, die Töchter hätten deswegen nach alten römischen Gesetzen ausgestattet werden müssen, weil sie durch das Voconische Gesetz von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen seyen; da nun dieses Gesetz in der Folgezeit seine Gültigkeit verlohren habe, und nach neuerm römischen Recht die Töchter mit den Söhnen erbten; so falle die Zwangspflicht der Ausstattung weg. Allein diese Meinung ist ohne Grund, wie am besten und ausführlichsten Hombergk (* [2]) bewiesen hat. Daher gehen auch andere Juristen (* [3]) davon ab. Das Voconische Gesetz war schon lange ausser Uebung, als die römische Gesetze noch immer dem Vater die Verbindlichkeit zur Brautgabe auflegten.

(1) Beyer

(1) *Beyer* ad pand. tit. de iure dot. §. 7. *Thomaſius* in not. ad pand. tit. de iure dot. p. 237. *Ziegler* diſſ. de iure dotium. §. 8. 9. 10. in diſſ. ſelect. p. 897. *Lynker* reſol. 567. p. 1025. *Wernher* p. 5. obſ. 127. p. 1049. *Leyſer* ſp. 303. med. 11. p. 195. *Hellfeld* iurispr. forenſ. §. 1231. Schmidt Lehrbuch von Klagen p. 300.

(2) Diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. Marb. 1770.

(3) *Perez* ad cod. lib. 5. Tit. 11. num. 6. ſeqq. *Gail* L. 2. obſ. 95. pag. 475. *Coll. Argentor.* Lib. 23. Tit. 3. §. 5. *Struv* Ex. 30. theſ. 7. ibique *P. Müller Brunnemann* ad leg. 13. D. iure dot. *Voet* ad pand. eod. tit. n. 10. *Lauterbach* coll. theor. pract. ibid. §. 9. *Stryk* in uſu mod. ibid. §. 2. *Berger* Oec. iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 10. not. 5. pag. 93. edit. noviſſ. *Hert* Dec. 420. n. 3. 4. p. 588. *Engau* P. 2. deciſ. 12. n. 2. p. 10.

§. 132. Rechte derſelben.

Die Brautgabe wird dem Manne zur Beſtreitung der Haushaltungskoſten gegeben. Der Mann genießt alſo 1) allen Nutzen davon; zuweilen wird er völliger Eigenthumsherr, zuweilen bekommt er nur ein eingeſchränktes Eigenthum. (Man ſ. den 418. §.) 2) Sobald die Ehe getrennt wird, hört die Urſache der Brautgabe auf, ſie muß alſo zurückgegeben werden. Wann aber die Frage entſteht, an wen ſie zurückfalle; ſo muß man unterſcheiden, wie die ſiebende Tabelle zeigt.

§. 133. Was ſind Ehepacten?

Der Vertrag, worinn Verlobte oder Ehegatten die Rechte und Verbindlichkeiten feſtſetzen, die in ihrer Ehe ſtatt finden ſollen, heißt **Ehepacten**, *pacta dotalia*, *nuptialia*. Ihre Gegenſtände ſind die Brautgabe, die Paraphernalgüter, donatio propter nuptias, Verſorgung der Wittwen, Erziehung der Kinder; heutzutag auch ſehr oft das Erbrecht der Ehegatten. Dieſe Verträge ſind gültig, in ſo fern ſie 1) den Rechten des Ehemannes nicht allzu nachtheilig ſind; dergleichen wäre z. E. der Vertrag, daß die Ehefrau nicht unter der Oberherrſchaft des Ehemannes ſtehen ſollte; daß der Mann die auf die Dotalgüter verwendte nothwendige Ausgaben nicht zurückfordern; daß er die Nutzungen des Brautſchatzes nicht genießen ſolle u. ſ. w. Sie dürfen aber auch 2) nicht der Ehefrau zu ſchädlich ſeyn, wann ſie gelten ſollen. Daher ſind ſie ungültig, wann darinn feſtgeſetzt wäre, daß die Brautgabe den Erben des Mannes verbleiben, und der Wittwe nicht wieder zufallen ſolle; daß der Mann die unbeweglichen Dotalgüter veräuſſern dürfe; daß er keinen Schaden erſetzen ſolle, den er durch Nachläßigkeit den Dotalgütern zufügt; daß die Brautgabe nach des Mannes Tod ſpäter, als die Geſetze es vorſchreiben, zurückgegeben werden ſolle; (die Geſetze nemlich wollen, daß unbewegliche Stücke ſogleich nach Trennung der Ehe, bewegliche binnen einem Jahr zurückgegeben werden ſollen,) u. ſ. w. (* 1)

(1) *Voet.*

(1) *Voet.* ad pand. lib. 23. Tit. 4, §. 17. *Claproth* iurispr. hevremat. part. I. p 316.

§. 134. Klagen, welche wegen des Brautschatzes angestellt werden.

Die Klagen, welche wegen der Brautgabe angestellt werden, sind mancherley. 1) Wann jemand einer Weibsperson einen Brautschatz zu geben verspricht: so kann er actione ex stipulatu belangt werden, das Versprechen zu erfüllen. Stipulatio ist ein feyerliches Versprechen, das vermittelst einer solennen Formel geschieht, (§. 805.) und die Klage, welche aus einem solchen Versprechen entsteht, heißt actio ex stipulatu. Merkwürdig ist, daß vermöge der L. un. §. 1. cod. de rei uxor. act. die versprochene Brautgabe actione ex stipulatu gefordert werden kann, wann sie gleich nicht durch eine wirkliche Stipulation, sondern mit simplen Worten versprochen worden ist; dann die Gesetze fingiren die Stipulation. 2) Kann auch wegen einer versprochenen Brautgabe *actio hypothecaria* angestellt werden. Dann wann ich einer Weibsperson einen Brautschatz versprochen habe, so bekommt sie ein Pfandrecht auf mein Vermögen. 3) Wann man die Brautgabe vom Vater fordert, ohne daß er sie versprochen hat; so muß man condictionem ex leg. ult. Cod. de dote promissa anstellen. Nemlich, wann der Vater keine Mitgift verspricht, so erklärt er entweder zugleich, daß er keine geben wolle, oder nicht. Im ersten Falle ist die Sache klar. Im letzten aber, entsteht entweder 1) Streit, ehe die Tochter sich verheyrathet: oder 2) nachdem sie geheyrathet hat, und bey ihren Lebzeiten: oder 3) nachdem sie in der Ehe verstorben ist, und Kinder hinterlassen hat. In allen drey Fällen kann nach der richtigern Meinung der Vater auf eine seinem Vermögen proportionirte Mitgift belangt werden, wie Homberg (* 1) gründlich gezeigt hat. 4) Will die Ehefrau oder ihre Erben die Brautgabe nach getrennter Ehe wieder zurück haben: so finden drey Klagen statt, a) *rei vindicatio*; denn die Frau ist nun wieder völlige Eigenthümerin der Brautgabe, und die Klage, welche aus dem Eigenthumsrecht entsteht, heißt rei vindicatio. b) *Actio ex stipulatu*, die Zurückgabe der Brautgabe mag wirklich durch eine Stipulation ausbedungen seyn, oder nicht, (stipulatio fingitur interveniisse. (§. 1131.) c) *Actio hypothecaria*, weil der Frau wegen ihres Eingebrachten ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen ihres Mannes zukommt.

(1) Diss. cit. de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam.

De Legitimatione.

§. 135. Geschichte der Legitimation.

Die väterliche Gewalt wird durch die Ehe, Legitimation und Adoption erworben. Nach abgehandelter Lehre vom Ehestande, folgt daher die von der Legitimation. Im alten römischen Recht war sie ganz unbekannt, erst unter Kayser Constantin und seinen Nachfolgern kam sie auf. (* 1) Wenn man in frühern Zeiten ein unehliches Kind in seine väterliche Gewalt bringen wollte, so mußte man es entweder arrogiren, d. i. an Kindes statt annehmen; oder bey dem Kayser besonders einkommen, und bitten, daß er durch den Weg der Dispensation, durch ein Rescript das Kind meiner väterlichen Gewalt unterwerfe; (ut me legibus solveret.) Man hatte also keinen ordentlichen Weg, unehliche Kinder zu legitimiren. Noch muß ich anmerken, daß mir das, was der Autor von den Zeiten der freyen Republik anführt, sehr zweifelhaft ist. Livius redet am a. O. gar nicht von unehlichen Kindern. Ich glaube also nicht, daß damals der Senat Kinder legitimirt habe.

(1) *Heineec.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4.

§. 136. Was ist die Legitimation?

Die Legitimation ist eine Handlung, wodurch unehliche Kinder die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen. Unehliche Kinder haben die Rechte der ehelichen nicht, sind auch nicht in des Vaters Gewalt. Wenn aber eine Handlung vorgeht, vermöge deren diese Kinder als eheliche angesehen werden, die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen: so sagt man, daß sie legitimirt seyen.

Anmerkung. In jeder Legitimation geschieht also eine rechtliche Erdichtung, *fictio iuris*, *μυχάνημα*, wie es in der Nov. 89. cap. 4. heißt (* 1). Die Gesetze fingiren, nehmen an, daß die Kinder ehlich seyen, die doch ausser der Ehe gebohren sind. Diese Fiction kann man die einfache (simplicem) nennen, und sie geschieht bey jeder Legitimation. Von dieser ist die fictio retrotractiva wohl zu unterscheiden. Diese hat nur bey der Legitimation statt, welche durch die Ehe geschieht. Wann ich nemlich unehliche Kinder gezeugt habe, und ihre Mutter heyrathe, so werden die Kinder durch die Ehe legitimiret. Bey dieser Legitimation hatte man die fictionem retrotractiuam. Man fingirte, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder schon eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern statt gefunden habe; man schob die Ehe zurück, bis auf die Zeit der Conception, daher der Name fictio *retrotractiva*. Aus dieser Fiction folgte, daß Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt

hatte, nicht durch die Ehe legitimirt werden konnten, wenn ich gleich diese Sklavin freyließ und heyrathete; dann zur Zeit der Conception war keine Ehe mit ihr möglich gewesen, (§. 112.) und wenn die Gesetzgeber etwas nicht geschehenes als geschehen annehmen wollen, so setzen sie doch immer voraus, daß es möglich seye. Justinian hat aber in der angeführten Novelle die Legitimation der Kinder, die ich mit einer Sklavin gezeugt habe, wann ich nachher die Sklavin frey lasse, und heyrathe, zugelassen, und folglich die fictionem retrotractivam ihrer Wirkungen beraubt. Auf diese Weise ist der Streit über die Fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterscheidung der Zeiten entstand, zu decidiren.

(1) Ich will von vielen, die über, für oder wider diese Fiction geschrieben haben, nur den neuesten anführen. Dieser ist Prehn in s. Abh. Untersuchung der Frage, ob die Legitimation ausser der Ehe gebohrner Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. 4.

§. 137. Drey Fragen bey der Legitimation.

Bey der Legitimation sind drey Fragen zu unterscheiden: 1) bey welchen unehlichen Kindern hat sie statt? 2) Auf wie vielerley Art geschieht sie? 3) Was ist ihre Wirkung? Um die erste dieser Fragen zu entscheiden, muß man die verschiedene Arten der unehlichen Kinder kennen lernen. Sie sind entweder 1) aus einer Blutschande gebohren, oder 2) aus einem Ehebruch, oder 3) von einer Hure (meretrix), oder 4) von einer Geschwächten (stuprata), oder 5) im Concubinate. Meretrix, Hure nemlich ist eine Person, die sich jedem preißgiebt; eine Geschwächte, stuprata, hingegen, welche sonst ehrbar gelebt hat, aber, wie man sagt, zu Falle gekommen ist. Die unehlichen Kinder der ersten Art heißen *incestuosi*, der andern *adulterini*, der dritten *vulgo quaesiti*, der vierten *spurii*, der fünften *naturales*. Indessen ist das Wort spurii vieldeutig. Zuweilen werden alle uneheliche Kinder, zuweilen diejenige darunter verstanden, welche aus verbotenem Beyschlafe, also nicht aus der Ehe oder dem Concubinat erzeugt sind.

Dieses vorausgesetzt, bemerke man, daß nach römischem Recht nur die naturales oder im Concubinat erzeugte Kinder legitimirt werden konnten, also alle übrige unehliche Kinder nicht. Der Grund davon liegt nicht in der fictione retrotractiva, wie einige sich irrig einbilden, sondern darin: die Legitimation wurde als eine Wohlthat für den Vater angesehen; indem er dadurch, die nach römischem Recht so wichtige väterliche Gewalt bekam. Wohlthaten aber ertheilt das Gesetz keinem, der gegen die Gesetze handelt, und jeder unehliche Beyschlaf ausser dem Concubinat war gegen die Gesetze. Daher wurde die Wohlthat der Legitimation nur denen zu Theil, welche aus der erlaubten Verbindung mit einer Concubine Kinder erhalten hatten, nicht denen, welche sie im verbotenen Beyschlaf zeugten.

(1) *Iordens* cit. diſſ. I. C. 4. §. 3. Die Fornication wurde zwar bey den Römern nicht geſtraft, aber doch als eine ſchändliche Handlung angeſehen. L. 13 §. 2. L. 22. C. ad L. Iul. de adult. L. 43. §. 4. 5. L. 24. D. de his qui not. infam. L. 4. §. 3. D. de condict. ob turp. cauſ. Auch iſt der Vater bey ſolchen Hurenkindern faſt immer ungewiß.

§. 138. Gattungen der Legitimation.

Die Arten der Legitimation ſind dreyerley: 1) durch die nachfolgende Ehe, 2) durch die Beſtimmung zum Decurio, 3) durch ein Landesherrliches Reſcript. Die erſte hat Conſtantinus M., die zweyte Theodoſius der jüngere, die dritte Juſtinian erfunden. Andere Juriſten führen noch mehrere an, nemlich per arrogationem, per teſtamentum a principe confirmatum, und per nominationem filii. Allein die erſte iſt von Juſtinian in der Leg. 7. Cod. de nat. lib. abgeſchafft worden. Die legitimatio per teſtamentum a principe confirmatum, die in der Nov. 74. cap. 2. vorkommt, iſt im Grunde eine legitimatio per reſcriptum principis; die legitimatio per nominationem filii endlich iſt ganz ohne Grund. Man will ſie zwar in der Nov 117. cap. 2. gefunden haben, ſie ſteht aber nicht darinn, ſondern der Fall dieſes Geſetzes iſt folgender. Man zweifelte, ob ein gewiſſer Sohn ehlich oder unehlich ſey: weil ihn aber der Vater im Teſtament Sohn genennt hatte, ſo ſagt Juſtinian, iſt zu vermuthen, daß er aus rechtmäßiger Ehe erzeugt, alſo legitim ſey (* 1).

(1) *Iordens* diſſ 1. cap. 5. §. 1. ſeqq.

§. 139. Von der Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Die Legitimation durch die nachfolgende Ehe geſchieht, wenn ich die Perſon, mit der ich im Concubinat gelebt, und Kinder gezeugt habe, heyrathe. Man ſtreitet darüber, ob zu dieſer Legitimation ſchriftliche Ehepacten, inſtrumenta dotalia erforderlich geweſen ſeyen? Zu dem Weſen der Ehe werden ſie nicht erfordert, das iſt gewiß; aber wenn ich meine Concubine heyrathe, und will, daß meine mit ihr erzeugte Kinder legitimiret werden ſollen, ſind alsdenn dergleichen ſchriftliche Ehepacten nöthig? Man hat vier verſchiedene Meinungen über dieſe Frage, die Jordens (* 1) erzählt. Die richtigſte iſt, daß allerdings Ehepacten von des Kayſers Anaſtaſius Zeiten an erforderlich geweſen ſind. Ob aber in dieſen Ehepacten eine Brautgabe feſtgeſetzt ſeyn, ob ſie inſtrumenta *dotalia* im eigentlichen und ſtrengen Verſtande ſeyn mußten, iſt mir zweifelhaft. Die bejahende Meinung hat Schulting, (* 2) Gebauer (* 3) und Jordens am a. O., die verneinende Noodt, (* 4) Cocceji (* 5) und andere. Heutzutag iſt nichts bey dieſer Legitimation erforderlich, als was zu der Ehe erfordert wird, das heißt nach der tridentiniſchen Kirchenverſammlung die Erklärung des ehelichen Conſenſes vor dem

ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nach dem protestantischen Kirchenrecht aber die ordentliche Trauung. (* 6)

(1) *Iordens* diss. 2. de legitimat. cap. 3.
(2) Enarrat. pand. tit. de his qui sui vel alieni iuris §. 9.
(3) Excurs. 4. ad Inst. § 3.
(4) Comm ad Pand. tit. de his qui sui vel alieni iuris.
(5) Ius contr. eod. tit. Q. 16.
(6) *Mevius* p. 2. dec. 81. *Stryk.* Us. mod. L. 1. tit. 6. §. 10.

§. 140. Durch Bestimmung zum Decurionate.

Mit der Legitimation durch Bestimmung zum Decurio (per curiae dationem) hat es folgende Beschaffenheit. 1) Im römischen Reich waren Städte, welchen ein Theil des römischen Bürgerrechts (ius civitatis minus plenum) mitgetheilt war; diese hießen municipia. In diesen Städten waren collegia, welche die Aufsicht über das Stadtwesen führten, und ungefehr das waren, was in Rom der Senat war, und heutiges Tages der Stadtrath ist. Sie hießen *curiae*, und ihre Mitglieder *decuriones* oder *curiales*. Sie hatten aber 2) ein lästiges Amt. Dann sie hatten die Administration der Stadtkasse, die Aufsicht über die öffentliche Schauspiele, Wasserleitungen, Straßen, Bäder; mußten die Victualien herbeyschaffen, Gesandtschaften übernehmen, die Steuern eintreiben, und für die Rückstände haften, dem Kayser Neujahrsgeschenke geben; wenn sie starben, erbte der Rath einen Theil ihres Vermögens ꝛc. (* 1) 3) Man suchte daher die Bürger in den Municipien durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reizen. Dahin gehört dann auch die Legitimation. 4) Wann nemlich ein Bürger seinen natürlichen Sohn mit dessen Einwilligung zum Decurio bestimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurionen (album curialium) eintragen ließ: so wurde der Sohn legitimirt. Der Vater also sollte durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereizt werden, den Sohn zum Decurionate zu bestimmen, und der Sohn sollte durch die Erwerbung der ehelichen Geburtsrechte bewogen werden, seine Einwilligung zu geben. Eben diese Wirkung hatte statt, wenn jemand seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete.

(1) *Wunderlich* l. c. §. 6.

§. 141. Durch ein landesherrliches Rescript.

Die dritte Art zu legitimiren geschieht durch ein landesherrliches Rescript. Wann ich, der Vater eines unehlichen Kindes, diese Art der Legitimation gebrauchen will: so wird erfordert, daß es unmöglich sey, die Concubine zu heyrathen, weil sie z. E. todt, oder schon an einen andern verheyrathet ist, oder mich nicht heyrathen will. Denn ist es möglich, sie zu heyrathen, so muß man diese Kinder auf diesen Weg legitimiren, und die Legitima-

tion durch ein Rescript findet nicht statt. 2) Daß ich keine ehliche Kinder habe. Dann sind dergleichen vorhanden, so legitimirt der Landesherr meine unehliche Kinder nicht, weil die Legitimation den ehlichen allzuschädlich seyn würde. 3) Daß ich mich unmittelbar an den Landesherrn wende, und von ihm ein Rescript impetrire, (ut sacrum principis oraculum impetrem.)

§. 142. Wirkungen der Legitimation.

Die Wirkungen der Legitimation auf Seiten des Vaters sind: 1) daß er die väterliche Gewalt mit allen ihren Ausflüssen, und 2) ein ganz neues oder doch ansehnlicheres Erbrecht erhält. Dann den natürlichen Kindern succediret der Vater nur in gewissen Fällen auf den sechsten Theil des Vermögens, den übrigen unehlichen Kindern gar nicht. Auf Seiten der Kinder hat sie den Effect, daß sie die Familienrechte erhalten ius agnationis, et nobilitatis paternae. Daraus folgt dann 1) daß die Legitimation nicht ohne Einwilligung der Kinder geschehen könne. Jordens (* 1) hat dieses von allen drey Gattungen der Legitimation gründlich erwiesen. (* 2) Dann die Kinder kommen in die väterliche Gewalt, hören auf sui iuris zu seyn, ihr Zustand also wird in mancher Absicht verschlimmert. 2) Daß die Kinder ein Erbrecht erhalten. Die natürliche Kinder haben dergleichen nur in gewisser Maasse, die andere unehliche Kinder erben gar nicht. Jenen wird das Erbrecht erweitert, diesen ein ganz neues gegeben, wie in der Lehre von der Intestaterbfolge gezeigt werden soll.

(1) Diss. 2. Cap. 1.
(2) Man s. auch *Noodt* ad tit. de his qui sui vel alieni iur. und *Schulting* Enarrat. ad h. t. n. 7. *Cocceii* ius controv. ibid. qu. 9.

§. 143. Heutiger Gebrauch.

Vom heutigen Gebrauch der Legitimationslehre ist zu bemerken 1) daß die legitimatio per oblationem curiae bey uns gänzlich wegfalle. Denn wir haben die Einrichtung mit den Municipien und Decurionen nicht, die im alten römischen Reiche war.

2) Wir haben eine Legitimation, welche dem Vater keine väterliche Gewalt, und den Kindern keine Familienrechte verschafft, sondern blos dazu dient: daß der Flecken der unehlichen Geburt ausgetilget wird, und das Kind im Staate für legitim passirt. Die Deutschen haben von jeher die Grille gehabt, ein unehliches Kind verdiene in der bürgerlichen Gesellschaft eine Art von Verachtung und Geringschätzung; dürfe nicht in Zünfte, Gilden und andere collegia aufgenommen werden; trage einen Schandfleck an sich. Die Römer wußten davon nichts; ein unehliches Kind konnte der Regel nach zu allen Gesellschaften, Aemtern und Würden gelangen, wohin ehlich gebohrne Kin-

der

der kommen konnten. (* 1) Daher giebt es heutzutage eine doppelte Legitimation a) eine solche, welche bey dem Vater die väterliche Gewalt, und bey den Kindern ein Erbrecht wirkt, (eine *plena*, wie sie einige nennen,) und b) eine, die blos den Schandfleck der illegitimen Geburt tilgt, und die Kinder fähig macht, in Gilden und andere Gesellschaften zu kommen, (*minus plena.*) Die Legitimation, welche durch die Ehe geschieht, ist allezeit plena, die aber, welche durch ein landesherrliches Rescript bewürkt wird, ist zuweilen plena, meistens aber nur minus plena. Eine solche unvollkommene Legitimation kann bey dem Landesherrn von dem unehlichen Kinde auch ohne Wissen und Willen des Vaters gesucht werden. Dann sie ist dem Vater auf keine Weise nachtheilig. (* 2)

3) Bey uns können alle Arten von unehlichen Kindern legitimirt werden; auch die aus einem Stuprum, Fornication, Ehebruch, Incest gebohrne. (* 3) Nur muß freylich, wann die Legitimation durch die Ehe geschehen soll, eine Ehe möglich seyn. Wann also Bruder und Schwester ein unehliches Kind gezeugt haben, so ist die Legitimation per subsequens matrimonium unmöglich.

4) In Deutschland legitimiren nicht nur die Landesherrn in ihren Territorien, sondern auch die kayserliche Pfalzgrafen (comites palatini.) Dieses sind Personen, durch welche der Kayser einige von seinen geringern Reservatrechten ausüben läßt. Bey diesen wird die Legitimation noch öfter, als bey den Reichsständen gesucht, weil sie alsdenn ihre Wirkung im ganzen deutschen Reich äussert, welche Wirkung der Legitimation, die ein Reichsstand ertheilt, von vielen bezweifelt wird. (* 4)

5) Man erfordert bey der Legitimation durch ein Rescript heutzutag nicht mehr, daß die Ehe unter den Eltern unmöglich sey. Wann es gleich möglich ist, die Person zu heyrathen, mit der ich die unehliche Kinder habe, so kann ich diese doch durch ein Rescript legitimiren lassen. (* 5)

6) Ayrer (* 6) behauptet, daß heutzutag der Landesherr plene legitimiren könne, wenn gleich legitime Kinder vorhanden wären. Ich kann aber dieser Meinung nicht beypflichten (* 7).

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 4. *Thomas.* diss. de usu pract. doctr. I. de legitimat. cap. 1. §. 3. Im Oesterreichischen ist diese Makel der unehelichen Geburt im Jahr 1783. völlig aufgehoben worden. Polit. Journal, Sept. 1783. S. 919.

(2) *G. L. Boehmer* diss. de necessar. parent. consensu in nupt. lib. §. 68.

(3) *I. H. Boehmer* diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 16. In Exercit. ad Pand. Tom. 1. p. 886.

(4) Man s. aber *Gribner* diss. de iure legitimandi Principum imperii §. 12. in opusc. p. 15. seq.

(5) *Stryk* us. mod. Pand. Lib. 1. Tit. 6. §. 17.

(6) In

(6) In diss. de rescripto legitimat. principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi existent. §. 5. seqq.
(7) *Pufend.* observ. iur. univ. T. 1. obs. 41.

TIT. XI.

De Adoptionibus.

§. 144. Was ist die Adoption?

Die Adoption ist das dritte Erwerbungsmittel der väterlichen Gewalt. Man versteht darunter, wenn man das Wort weitläuftig nimmt, eine gesetzliche Annahme an Kindes oder Enkels statt. Wann jemand nicht von mir abstammt, ich aber eine Handlung vornehme, wodurch ich die Rechte eines Vaters oder Grosvaters, und er die Rechte eines Kindes oder Enkels erhält: so sagt man, daß ich ihn adoptirt habe. Die Adoption ist aber ferner eine gesetzliche Annahme, das heißt, sie muß unter öffentlicher Autorität geschehen. Wann ich einen Menschen nur privatim an Kindesstatt annehme: so hat diese Handlung die Rechte der Adoption nicht, und das angenommene Kind heißt nicht *adoptivus*, sondern *alumnus*. Oeffentliches Ansehen erhält die Adoption durch die Obrigkeit, und durch den Landesherrn. Man sehe den folgenden §.

Zwey Grundsätze sind bey der Adoption vorzüglich merkwürdig. Der erste: die Adoption ahmet die Natur nach, das heißt, wann es der Natur nach schlechterdings unmöglich ist, daß jemand mein Kind oder Enkel sey; oder schlechterdings unmöglich ist, daß ich über ihn die väterliche Gewalt habe: so fällt die Adoption weg. Der andere: sie ist blos zum Behelf für die erfunden, die weder leibliche Kinder, noch Hoffnung dazu haben.

§. 145. Gattungen derselben.

Die Adoption in weitläuftigem Verstande, ist entweder Arrogation, oder Adoption in engerer Bedeutung. Diese beyde Gattungen sind 1) dem Gegenstande, 2) der Erfordernisse, 3) den Wirkungen nach verschieden. 1) Dem Gegenstande nach, wenn ich nemlich einen filium familias an Kindes statt annehme, ihn aus seines leiblichen Vaters Gewalt in die meinige bringe, so heißt es Adoption in engerer Bedeutung. Nehme ich aber einen patrem familias, einen hominem sui iuris z. E. ein Waisenkind zu meinem Kinde an: so ist es die Arrogation.

Sie sind 2) in Ansehung der Erfordernisse verschieden. a) Beyde haben höhere Bestättigung nöthig, aber die eigentliche Adoption kann von jeder Obrig-

Obrigkeit bestätiget werden. Die Arrogation hingegen erfordert die unmittelbare Bestätigung des Landesherrn. Nach dem alten römischen Recht, selbst noch unter den Kayfern (* 1) geschahe die Arrogation vor dem Volk, erst in den neuern Zeiten wurde sie vom Kayser bestätiget. (b) Wann ich einen Unmündigen adoptiren will, so ist nur a) der Consens seines Vaters nöthig, und b) daß der Unmündige selbst nicht widerspreche. Aber bey der Arrogation eines Unmündigen ist die Einwilligung der Verwandten und der Vormünder; auch eine gerichtliche Untersuchung nöthig, ob die Arrogation dem Unmündigen vortheilhaft sey. Der arrogator muß auch Caution stellen, daß, wann der Unmündige vor erlangter Mündigkeit sterben werde, die Verwandte das ganze Vermögen wiederbekommen sollen, und daß, wann der arrogator den arrogatum ohne gerechte Ursache emancipiren wird, er nicht nur dessen Vermögen herausgeben, sondern auch noch den vierten Theil seines eignen abtreten wolle. Dieser vierte Theil heißt, weil K. Antoninus Pius die Verordnung gegeben hat, *quarta divi Pii.*

3) In den **Wirkungen.** Die Arrogation wirkt ohne Unterschied die väterliche Gewalt, die Adoption aber hat diesen Effect nach Justinianischem Recht nicht immer. (Man sehe §. 149.)

(1) *Nordkerk* obs. decas p. 139. *Water* lib. 3. obs. iur. rom. cap. 16. *Herm. Cannegieser* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 19.

§. 146. Folgen aus dem Grundsatze: die Adoption ahmt der Natur nach.

Weil die Adoption der Natur nachahmt, so können 1) nur diejenige adoptiren, welche leibliche Kinder in ihrer Gewalt haben können. Ein Castrat kann also 2) nicht adoptiren, weil er zum Kinderzeugen unfähig ist. K. Leo hat zwar, (wie die Note sagt) den Castraten das Recht zu adoptiren in seiner 26. Novelle ertheilt; aber diese Novellen sind, wie wir oben gesehen haben, (§. 15. III.) in Deutschland nicht angenommen. Ob ein spado adoptiren könne, ist bestritten. Die angeführte Gesetze sagen ja. Aber das Wort spado ist vieldeutig. Bisweilen bedeutet es einen jeden, der keine Kinder zeugen kann, weil er entweder verschnitten ist, oder von Natur einen Mangel an den Zeugungsgliedern hat. Zuweilen versteht man einen Menschen unter dem spado, der zwar die Zeugungsglieder in der gehörigen Beschaffenheit besitzt, aber kränklicher Umstände wegen die Hoffnung Kinder zu zeugen nicht hat. Daher entsteht die Frage, welche Art der Spadonen in den Gesetzen gemeint sey, ob allein die Spadonen adoptiren können, die nur eine Zeitlang zum Zeugungsgeschäfte untüchtig sind, oder ob auch diejenige adoptiren dürfen, die von Natur ganz, und immer dazu unfähig sind. Richtiger ist die Meinung, daß nur die erstere, nicht die letztere Spadonen, Kinder annehmen können. Dann die Adoption soll eine Nachahmung der Natur seyn. Und warum sollten die Ge-

setze den Kastraten die Adoption verbieten, sie aber den von Natur ganz Zeugungsunfähigen erlauben? 3) Auch Weibspersonen sind zur wahren Adoption unfähig, weil diese die väterliche Gewalt zum Endzweck hat; eine Weibsperson aber keine väterliche Gewalt haben kann. Wann indessen eine Frau leibliche Kinder gehabt, und durch den Tod verlohren hat: so kann sie bey dem Landesherrn die Erlaubniß zu einer uneigentlichen Art von Adoption erhalten; nemlich zu einer Adoption, die ein wechselsweises Erbrecht, aber keine väterliche Gewalt wirkt. 4) Ich kann keinen adoptiren, der älter als ich ist. Sondern wann ich einen an Sohnes, oder eine an Tochter statt annehmen will, so muß ich 18 Jahr älter, und will ich an Enkelsstatt annehmen, so muß ich 36 Jahr älter seyn. Warum die Gesetze 18 Jahre (plenam pubertatem) erfordern, und nicht mit der minus plena, mit 14 Jahren zufrieden sind, läßt sich nicht mit Gewißheit sagen. Man führt gemeiniglich den Grund an: obgleich ein Mensch im 14ten Jahre Kinder zeugen könne, so zeuge er doch selten vor dem 18ten Jahre wirklich; es sey daher der Natur nicht völlig gemäß, wenn er einen adoptire, welcher nicht wenigstens 18 Jahre jünger sey. 5) Man kann nicht auf eine Zeitlang adoptiren; dann man zeugt keine Kinder, daß sie nur auf gewisse Zeit es seyn sollen.

(1) *Perez* ad Cod. h. t. n. 4.

§. 147. Folgen aus dem Axiom: die Adoption ist zum Behelf erfunden worden.

Die Adoption ist ein Nothhelf für solche, die zum Zeugungsgeschäft nicht aufgelegt sind. Also können 6) die nicht adoptiren, welche Alters halber noch Kinder zeugen können. Da nun die römische Gesetze annehmen, daß ein Mann bis in das sechzigste Jahr zeugen könne: so kann man der Regel nach nicht adoptiren, wann man noch nicht sechzig alt ist. Ich sage der Regel nach. Dann a) wann mir Kränklichkeit die Hoffnung zu Leibeserben raubt, so kann mir die Obrigkeit auch vor dem sechzigsten Jahr, nach vorausgegangener Untersuchung der Umstände, die Adoption erlauben. b) Auch ist mir vor dem sechzigsten Jahr vergönnt, einen Verwandten zu adoptiren. L. 15. §. 2. D. h. t. 7) Kann einer gewöhnlich nicht adoptiren, der schon leibliche Kinder hat. Ausnahmen finden statt, wann meine leibliche Kinder blödsinnig, oder zum Kinderzeugen untüchtig, oder Taugenichtse sind. (* 1)

(1) *Reinoldi* var. cap. 42. in opusc. p. 230. sqq.

§. 148. Wirkungen der Adoption.

Wann ich einen adoptire, so nehme ich ihn an Kindesstatt an, er wird also durch die Adoption kein wahres und leibliches Kind von mir. Daraus folgt 8) daß die Verwandtschaft zwischen ihm und mir keine natürliche, sondern blos bürgerliche Verwandtschaft ist, und hieraus schließen nun die römische

mische Juristen weiter, 9) daß mein Adoptivkind von allen Personen, die meine Agnaten sind, auch Agnat werde; hingegen von denen, die bloße Cognaten von mir sind, wird es kein cognatus. Dann die Cognation ist die Blutsverwandtschaft, (§. 115.) und diese kann durch die Adoption nicht gewirkt werden. 10) Wann ich einen Menschen adoptire, so wird er mit meiner Ehefrau gar nicht verwandt; sie ist als seine Stiefmutter anzusehen.

§. 149. Eintheilung der Adoption in die vollkommene und unvollkommene.

Nach dem alten römischen Recht hatte jede Adoption, sowohl die Arrogation, als eigentliche Adoption die Wirkungen der väterlichen Gewalt. Justinian aber traf darinn eine Aenderung. Bey der Arrogation ließ er das alte Recht in seiner Gültigkeit. In Ansehung der eigentlichen Adoption aber verordnete er, daß der Adoptirende in Zukunft nur alsdann die väterliche Gewalt erhalten sollte, wann er einen seiner Descendenten adoptire, z. E. ein Grosvater seinen Enkel oder Enkelin; daß hingegen die Adoption keine väterliche Gewalt wirken solle, wann ein anderer, der kein Descendent vom Adoptivvater ist, an Kindesstatt angenommen wird. Daher theilt sich die Adoption in die vollkommene und unvollkommene ein. Die vollkommne geschieht von einem Ascendenten, und wirkt die väterliche Gewalt; die unvollkommne geschieht von einem andern, und wirkt weiter nichts, als ein Erbrecht, keine väterliche Gewalt, und auch ein Erbrecht nur alsdann, wann kein Testament vorhanden ist; wann ich z. E. meinen Neveu adoptire, so kommt er nicht in meine väterliche Gewalt; er erbt mich aber, wann ich ohne Testament sterbe. Mache ich ein Testament, so kann ich ihn gänzlich übergehen. Die Ursache, welche Justinian zu dieser Verordnung bewog, war folgende. Es trug sich zuweilen zu, daß ein adoptirtes Kind vom Adoptivvater wieder emancipirt wurde. Wann dies geschah, so erbte das Kind nun weder den Adoptiv- noch den leiblichen Vater. Dieß zu verhüten, machte Justinian seine neue Verordnung. Dann vermöge dieses Gesetzes succediret ein unvollkommen Adoptirter seinem leiblichen Vater der Adoption ungeachtet. Wann er also vom Adoptivvater wieder emancipirt wird, so verliert er zwar dessen Erbschaft; aber er erbt doch seinen leiblichen Vater; kommt also nicht um alles.

§. 150. Heutiger Nutzen der Adoption.

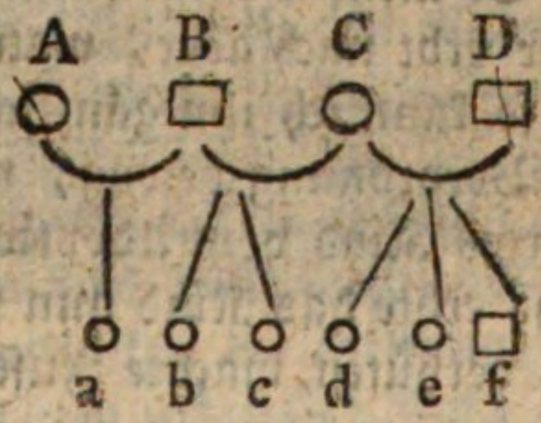
Heutzutage sind die Annehmungen an Kindesstatt, sowohl die Adoptionen, als Arrogationen sehr selten. Denn die väterliche Gewalt ist nicht so wichtig, und so vortheilhaft, als im alten Rom; und die eigentliche Adoption wirkt nicht einmal diese Gewalt, wenn man nicht einen Descendenten adoptirt. Was soll also einen zur Adoption bewegen? Indessen muß man nicht glauben, was einige behaupten, daß die Annehmung an Kindesstatt ganz abgekommen

sey, und keine rechtliche Wirkungen mehr habe; folglich alle angenommene Kinder bloße Pflegkinder (alumni) seyen, welche die Rechte eines Kindes nicht haben. Das römische Recht ist bey uns auch in diesem Stück angenommen, und man hat Beyspiele von Adoptionen nicht nur bey dem hohen Adel, sondern auch bey andern Personen. Der Adoptivsohn behält in Deutschland seinen Familiennamen, nimmt aber dabey den Namen seines Adoptivvaters an, zwischen beyde wird das Wort genannt gesetzt, z. E. Sinold genannt Schütz. Eben so wenig läßt es sich beweisen, daß heutiges Tages jede Obrigkeit die Arrogation confirmiren könne, und die Autorität des Landesherrn dabey nicht mehr nöthig sey; wie Stryk (* 1) und Cocceji (* 2) gegen Schilter am a. O. richtig bemerken. Indessen kann eine aussergerichtliche Adoption doch als ein Erbvertrag gelten. (* 3)

(1) Us. mod. tit. de adopt. §. 6.
(2) Ius civ. controv. eod. tit. Qu. 2.
(3) Carrach Abhandlung über diese Frage, in Schott's juristischem Wochenblatt v. J. 1773. S. 462 u. ff.

§. 151. Von der Einkindschaft.

Eine Aehnlichkeit mit der Adoption hat die Einkindschaft, unio prolium. Sie ist im römischen Recht unbekannt, und eine bloße deutsche Erfindung. Wann Eltern sterben, und Kinder aus verschiedenen Ehen hinterlassen, so entsteht oft über die Separation des Vermögens Streit. Wann z. E.



B stirbt, so muß ihr Vermögen von dem Vermögen des A, des C und der D separirt werden. Denn das Vermögen von A erbt allein a. Das Vermögen der B erben a b c. Dem C succediren b c d e f, und in die Verlassenschaft der D theilen sich d e f. Diese Separation hat gewöhnlich große Schwierigkeiten, und um diese zu heben, hat man die Einkindschaft erfunden. Wann B und C zur Ehe schreiten wollen, so wird das Vermögen des A und der D zuforderst untersucht und bestimmt. Dieß bleibt deren Kindern, dem a d e und f. Alsdenn machen B und C einen Vertrag, daß ihr Vermögen in eine Masse geworfen, und ihre Stiefkinder ihnen mit den leiblichen Kindern succediren sollen, a soll den C, und d e f die B erben. An einigen Orten wirkt diese Einkindschaft auch die väterliche Gewalt, an andern, und den meisten

aber

aber nicht. Insgemein führt man als eine Erforderniß der Einkindschaft an, daß sie gerichtlich, und mit Zuziehung der Verwandten eingegangen werden müsse. Aber das läßt sich nur alsdann behaupten, wann Landesgesetze oder Observanz es vorschreiben (* 1).

(1) *Steenhof* diss. de praxi iudiciorum erronea. §. 20.

TIT. XII.

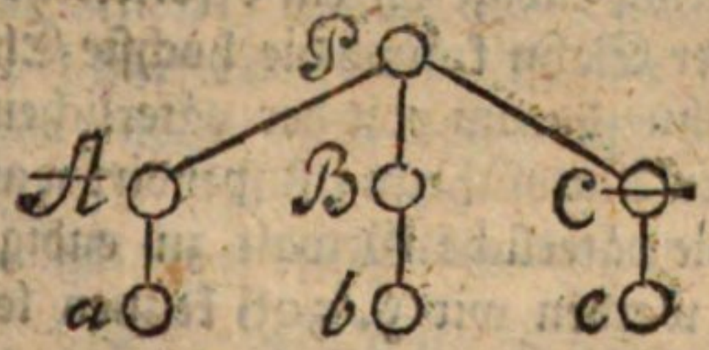
Quibus modis ius patriae potestatis solvitur.

§. 152. Uebergang zu diesem Titel.

Wir kennen die väterliche Gewalt und ihre Erwerbungsarten, die Ehe, die Legitimation und die Adoption. Jetzt untersuchen wir, wie diese Gewalt aufhöre. Dann das ist immer Justinians Methode, sowohl in den Institutionen, als in den Pandecten, daß zuerst vom Wesen der Sachen, alsdann von ihren Entstehungsarten, und endlich von ihrer Zernichtung gehandelt wird.

§. 153. Absterben, Capitis Deminution, Adoption und Emancipation zernichten die väterliche Gewalt.

Die väterliche Gewalt hört 1) durch den Tod dessen auf, dem sie zusteht. Doch werden darum nicht immer die Kinder sui iuris, sondern man bemerke: die Kinder sind entweder von dem ersten Grade, oder von den folgenden. Kinder des ersten Grades heißen Söhne und Töchter, Kinder der folgenden Grade sind Enkel, Urenkel u. s. w. Also



A B C sind Kinder des ersten, a b c Kinder des zweyten Grads. Die Kinder des ersten Grades, A und B, werden durch den Tod dessen, welcher die väterliche Gewalt über sie hatte, durch den Tod des P. sui iuris. Man nehme aber an, daß P. nicht nur seine Söhne, sondern auch seine Enkel a b c noch in seiner väterlichen Gewalt hatte, und daß er nun sterbe. In diesem Fall werden a und b nicht sui iuris, dann sie fallen in ihrer Väter A und B Gewalt zurück; c aber wird sui iuris, denn sein Vater C war schon todt, oder aus der väterlichen Gewalt gegangen; er kann also in dessen Gewalt nicht zurücktreten.

tretten. Deutlicher läßt sich übrigens diese Sache also ausdrücken: wann der Vater stirbt, so werden die Kinder sui iuris. Stirbt aber der Grosvater, so werden die Enkel nicht sui iuris, sondern fallen in ihres Vaters Gewalt zurück, wann anders dieser noch lebt, und selbst noch in der väterlichen Gewalt war. 2) Hört die väterliche Gewalt durch die größte und mittlere Capitisdiminution auf. Wann nemlich der Vater Freyheit oder Bürgerrecht durch das Exilium verlohr, so verlohr er auch die väterliche Gewalt. Dann kein Sklave und kein Fremder hatte die römische väterliche Gewalt. Auch, wenn dem Sohn Freyheit oder Bürgerrecht entzogen wurde, so hörte die väterliche Gewalt auf. Denn im ersten Fall kam er in die Gewalt eines Herrn, im andern mußte er das römische Gebiet räumen, ins Exilium gehen, und die Ausübung der väterlichen Gewalt wurde unmöglich; der Sohn wurde auch als todt angesehen. Die väterliche Gewalt wird 3) auch durch die vollkommene Adoption geendigt. Ich sage durch die vollkommene. Denn wenn mein Sohn von einem andern nur unvollkommen adoptirt wird, so bleibt er in meiner Gewalt. Uebrigens wird der Sohn durch die Adoption nicht sui iuris, sondern geht nur aus einer väterlichen Gewalt in die andere. Endlich 4) wird die väterliche Gewalt auch durch die Emancipation zernichtet, von welcher der 156. u. f. §§. handeln.

§. 154. Relegation, Würde, Enterbung endigen die väterliche Gewalt nicht.

Hingegen 1) durch die bloße Relegation hört die väterliche Gewalt nicht auf. Denn der relegirte Vater behält sein Bürgerrecht, er muß nur die Stadt räumen; der Sohn aber ist schuldig ihm zu folgen. Man sieht also, wie groß der Unterschied zwischen Exilium und Relegation im römischen Recht ist. Eben so wenig endigt 2) ein öffentliches Amt, eine Würde die väterliche Gewalt. Der Sohn konnte die höchste Ehrenstellen bekleiden, Dictator, Consul seyn, ohne darum von der väterlichen Gewalt frey zu werden; ob sie gleich während der Amtsführung suspendirt war. Auch 3) ist die Enterbung kein Mittel, die väterliche Gewalt zu endigen. Die Folgen dieses sterilscheinenden Satzes werden wir §. 506 kennen lernen.

§. 155. Einige Würden heben nach Justinianeischem Recht die väterliche Gewalt auf.

Ehrenstellen und Würden endigten nach altem römischen Recht die väterliche Gewalt nicht. Justinian aber hat diesen Satz eingeschränkt. Nach seinen Verordnungen wurde ein Sohn durch folgende Würden von des Vaters Gewalt frey: a) durch die Patriciat-Würde. In dem alten Rom waren Patricii ungefehr das, was bey uns der Adel ist, und Plebs die bürgerlichen. Constantin M. aber erfand eine ganz neue Ehrenstelle, und nennte sie patriciatum.

ciatum. Constantins Patricien waren eine Art von kayserlichen Räthen. Ihre Amtsgeschäfte beschreibt Octavianus Gentilius und Curtius (* 1) ausführlich. b) Durch die Bischofswürde, c) das Consulat, d) die prätorianische Präfectur. Praefectus praetorio war nach Augusts Einrichtung ein General der kayserlichen Garde. Diese Generale aber wurden nach und nach Cabinetsminister. Constantin bestellte vier Statthalter im römischen Reich, die er praefectos praetorio nennte. (* 2) e) Durch die Präfectur über die Stadt. Praefecti urbi hießen die Gouverneurs in Rom und in Constantinopel. (* 3) Sie hatten den größten Theil der Gerichtsbarkeit in der Stadt und 100 Meilen im Umfange. f) Durch das magisterium militum, nach unsrer Art zu reden, eine General-Feldmarschallstelle. Constantin M. hat ebenfalls diese Würde erfunden. g) Durch das Fiscalat, patrocinium fisci.

(1) *Octavianus Gentilius* de patricior. orig. varietate, praestantia & iuribus lib. 2. cap. 1. p. 143. *Curtius* de senatu romano. Lib. 4. cap. 6. §. 93. pag. 165. sqq.
(2) *Drackenborch* diss. de officio praefectorum praetorio in *Oelrichs* thesauro diss. Belgicarum. Vol. 2. Tom. 2. pag. 49 sqq.
(3) *Drackenborch* diss. de praefectis urbi, in Oelrichs thesauro l. c. pag. 1. sqq.

§. 156. Von der Emancipation.

Hauptsächlich wurde die väterliche Gewalt bey den Römern durch die **Emancipation** geendiget. (* 1) Man versteht darunter eine ausdrückliche und gesetzliche Erklärung des Vaters, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle. Man bemerke also 1) jede Emancipation muß ausdrücklich geschehen. Die Juristen streiten zwar darüber, ob es im römischen Recht eine stillschweigende Emancipation gebe, und verschiedene behaupten es, (* 2) aber Böhmer (* 3) und Heimburg (* 4) haben das Gegentheil bewiesen. (* 5) 2) Die Kinder, welche nicht emancipirt, sondern noch in der väterlichen Gewalt sind, heißen sui liberi. 3) Die Emancipation muß auf die gesetzliche Weise geschehen; daher ist sie dreyerley: die alte, die Anastasianische und Justinianeische.

(1) *Gerlac. Scheltinga* diss. de emancipationibus, apud Fellenberg in iurispr. antiq. vol. 2. n. 18.
(2) *Eyben* ad Inst. h. t. obs. 14. *Barth* diss. de emancipat. saxonica §. 4. in collect. diss. p. 221. *Leyser* sp. 21. med. 2. *Walch* controv. iuris ciuilis p. 72.
(3) Am a. O. in exercit. ad pand. Tom. 1. p. 944.
(4) Diss. difficillima emancipationis romanae & germanicae capita §. 7. seqq.
(5) Man sehe auch *D'Arnaud* var. coniect. Lib. I. Cap. 24. p. 171. *Scheltinga* diss. de emancipat. proleg. §. 16. *Müller* ad *Leyser* Tom. 1. obs. 100.

§. 157. 158. Gattungen derselben.

Die alte geschahe mit vielen Feyerlichkeiten. Der Vater verkaufte, in Gegenwart sieben römischer Bürger, seinen Sohn als Sklaven an einen andern,

dern, welcher pater fiduciarius hieß. Dieser ließ ihn los, wie man einen Sklaven losließ, und der Sohn fiel also in des Vaters Gewalt zurück. Der Vater verkaufte ihn zum zweyten und drittenmal. Durch den dritten Verkauf verlohr er alle seine väterliche Gewalt. (* 1) Nun kaufte der Vater den Sohn wieder als einen Sklaven, und manumittirte ihn. Die Anastasianische geschieht durch ein landesherrliches Rescript. K. Anastasius schafte die alte Emancipation nicht ab, er erlaubte nur, sie bey dem Kayser durch ein Rescript zu impetriren. Die Justinianeische geschieht vor der Obrigkeit. Justinian hob die alte Emancipation ganz auf, die Anastasianische ließ er zwar gelten, er erlaubte aber jeder Obrigkeit, die Emancipation auch zu bestätigen.

(1) Bey dem dritten Verkaufe wurde das pactum fiduciae geschlossen. Dies war ein Versprechen des Käufers, (der daher pater fiduciarius hieß,) daß er den Sohn jezt nicht freylassen, sondern dem Vater wieder verkaufen wollte. Hätte er den Sohn freygelassen, so wäre er dessen Patron gewesen, und hätte die Patronatrechte gehabt; dies wollte aber der Vater nicht, er wollte selbst den Sohn freylassen, und die Patronatrechte genießen.

§. 159. Fälle, wo der Vater zur Strafe seine väterliche Gewalt verliert.

Die Emancipation erfordert die Einwilligung der Kinder; gegen ihren Willen kann man sie nicht emancipiren. Eine solche Emancipation, die gegen den Willen der Kinder geschieht, heißt *abdicatio liberorum*; Verstossung. Sie war in dem alten Rom nicht ungewöhnlich, wie Scheltinga zeigt. (* 1) Allein das angeführte Gesetz verbietet sie. Wann indessen der Vater die Kinder demungeachtet verstößet, so fragt sichs, was hat diese Handlung für Folgen? Daß die Kinder dadurch nichts verliehren, ist ausser Zweifel. Allein was verliehrt der Vater? Daß die Kinder auf die Herausgabe ihrer Adventitien klagen können, ist wohl nicht zu leugnen. Aber verliehrt der Vater auch sein Erbrecht in dem Vermögen des verstossenen Kindes? Dieses möchte ich nicht behaupten. Ferner fragt sichs, kann ein Vater die Kinder alsdann verstossen, wenn sie eine Handlung begehen, auf welcher die Enterbung steht? Dies glaube ich mit Leyser (* 2) allerdings. Doch verliehren die Kinder dadurch ihr Erbrecht nicht, wenn sie nicht zugleich förmlich enterbt werden. (* 3) Eben so wenig, als die Kinder gegen ihren Willen emancipirt werden können, so wenig wird dem Vater seine Gewalt gegen seinen Willen genommen. Doch giebt es Fälle a) wo er die väterliche Gewalt zur Strafe von selbst (*ipso iure*) verliert; auch Fälle, wo er b) gezwungen wird, die Kinder zu emancipiren. Die Fälle, worinn die väterliche Gewalt von selbst aufhört, sind 1) wann er die Töchter zwingen will Huren zu werden, und sich Preis zu geben; 2) wann er die Kinder aussetzt; 3) wann er zu einer zweyten Ehe schreitet, welche blutschänderisch ist.

(1) Diss.

(1) Diſſ. cit. cap. 5. §. 3. ſqq.
(2) *Leyſer* ſp. 17. cor. 3.
(3) *Müller* ad *Leyſer* tom. 1. obſ. 91.

§. 160. Fälle, wo der Vater zur Emancipation gezwungen wird.

In wie viel Fällen der Vater gezwungen werde, die Kinder zu emancipiren, iſt controvers. Der Streit lauft am Ende gröſtentheils auf Logomachie hinaus. Heimburg am a. O. hat die Sache weitläuftig abgehandelt. Die richtigſte Meinung iſt, wie ich gaube, dieſe: daß der Vater in drey Fällen zur Emancipation genöthigt werde: 1) wann er die Kinder grauſam und barbariſch behandelt; 2) wann ihm jemand etwas vermacht oder ſchenkt, mit dem Beding, daß er die Kinder emancipire, und er das Vermächtniß oder das Geſchenk annimmt. 3) Wann ich einen unmündigen Menſchen arrogirt habe, und dieſem jezt, da er mündig iſt, die Arrogation mißfällt.

§. 161. Wirkungen von der Erlöſchung der väterlichen Gewalt.

Wir wiſſen nun, auf welche Art die väterliche Gewalt erlöſche; was ſind aber die Wirkungen dieſer Erlöſchung? Man diſtinguire: entweder wird die väterliche Gewalt durch den Tod deſſen, dem ſie zuſtand, oder bey deſſen Leben geendigt. Wann das erſte geſchieht, ſo werden die Söhne und Töchter ſui iuris; erben den Vater, ohne daß ſie die Erbſchaft durch eine Thathandlung anzutreten brauchen, (ipſo iure) und heißen *ſui* heredes; die Enkel aber fallen zuweilen in ihres Vaters Gewalt zurück. (153. I.) Wie aber, wann die väterliche Gewalt bey Lebzeiten deſſen aufhört, dem ſie zukam? Dieſe Frage theilt ſich in zwey andere. Die erſte iſt: **was verliert in dieſem Falle der Vater?** die zweyte: **was verlieren die Kinder.** Auf die erſte Frage iſt die Antwort: 1) alle Rechte der väterlichen Gewalt hören auf; nur in dem einzigen Fall, wann der Vater die Kinder freywillig emancipirt, behält er den Nießbrauch über die Hälfte der **Adventitien**; das heißt des Vermögens, was die Kinder eigen haben; (beſtimmter wird dieſer Ausdruck im 430. §. erklärt werden.) Dieſen müſſen ſie ihm aus Dankbarkeit für die Emancipation (praemium emancipationis) überlaſſen, ſo lange er lebt. 2) Das Erbrecht des Vaters geht verlohren, a) wann der Vater die gröſte und mittlere Capitisdiminution leidet; dann er verliert ſeine Bürgerrechte, und niemand als ein Bürger konnte einen Bürger erben; b) wann der Vater die Kinder von einem andern **vollkommen** adoptiren ließ. Dann nun erbte der Adoptivvater das adoptirte Kind allein. Ob übrigens dieſes auch noch nach dem neueſten römiſchen Recht behauptet werden könne, iſt zweifelhaft; und die verneinende Meinung ſcheint die richtigſte. Denn nach der 118. Novelle erben die emancipirte Kinder ſo gut, als die nicht emancipirte (ſui,) und die Cognaten ſo gut, als die Agna-

ten. Daraus folgt, daß mich mein Sohn erbe, ob ich ihn gleich von seinem Ascendenten habe adoptiren lassen. Ist aber dies richtig, so muß man auch zugeben, daß ich in diesem Fall meinen Sohn erbe. c) Die Emancipation hebt das Erbrecht des Vaters nicht auf; denn der Vater, der seinen Sohn auf die alte Weise emancipirte, wurde als Patron des emancipirten Kindes angesehen. (§. 157.) Der Patron aber erbte den Freygelassenen. (§. 82.) Ob nun gleich die alte Emancipation abgeschafft wurde, so blieb doch das Erbrecht des Vaters im Vermögen der emancipirten Kinder in seiner Gültigkeit.

§. 162. Fortsetzung.

Die zweyte Frage war: was verlieren die Kinder, wann sie aus der väterlichen Gewalt gehen? Man unterscheide leibliche und Adoptivkinder von einander. Die letztere verlieren, wann sie die väterliche Gewalt verlassen, fast alle Rechte, welche sie durch die Adoption erlangt hatten. Ich sage fast alle Rechte. Nichts bleibt von den Wirkungen der Adoption übrig, als daß 1) der Adoptivvater die Tochter auch nach der Emancipation nicht heyrathen darf, weil die Ehe wider den Wohlstand wäre; 2) wann ich einen Unmündigen arrogirt habe, und ihn ohne hinlängliche Ursache wieder emancipire, so muß ich ihm den vierten Theil meines Vermögens abtretten. (§. 145.) Bey den leiblichen Kindern aber ist zu merken: wann ich ein Kind vollkommen, das heißt von seinem Grosvater oder Urgrosvater adoptiren lasse, so verliert es alle Kindesrechte gegen mich; also das Recht auf Alimente, und das Erbrecht. Doch scheint das letztere nach den neuesten Verordnungen Justinians in seinem Wesen zu bleiben, wie im vorigen §. gezeigt worden ist. Auch 2) wann die Kinder die größte oder mittlere Capitisdiminution leiden, in die Sklaverey oder ins Exilium gerathen, so verlieren sie alle Kindesrechte. 3) Die alte Emancipation brachte die Kinder in eine Art von Sklaverey. Sie war zwar nur fingirt, (imaginaria servitus) indessen hatte sie doch rechtliche Wirkungen. Denn sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf. Ein Emancipirter wurde nicht mehr, als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angesehen, erbte daher weder seinen Vater, noch jemand aus der Familie. Auch die obligationes stricti iuris wurden durch die Emancipation zernichtet; das heißt, wenn ein filius familias durch ein feyerliches Versprechen, (verba solennia) sich zu etwas verbindlich gemacht hatte, und emancipirt wurde, so hörte seine Verbindlichkeit auf. Eine gleiche Wirkung hatte die Anastasianische Emancipation, doch behielte der Emancipirte das Successionsrecht in dem Vermögen seiner Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren. Auch konnte der Vater es bey dem Kayser mit erbitten, daß dem emancipirten Kind die Familienrechte bleiben sollten. L. 11. Cod. de legit. hered.

Nach

Nach Juſtinians Verordnung behalten die emancipirte Kinder ihr Erbrecht. Doch verlieren ſie das ius ſui heredis; das heißt, ſie ſind nicht mehr ipſo iure Erben ihres Vaters, ſondern müſſen die Erbſchaft durch die Antrettung erwerben, (* 1) und es iſt ein Irrthum, den viele Juriſten hegen, (* 2) daß auch die emancipirte Kinder nach dem Recht der Novellen ſui heredes ſeyen. 4) Wann ein Sohn durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyt wurde, ſo behielt er ebenfalls die Familienrechte. Aber wie ſteht es mit dem iure ſui heredis? Da Juſtinian in der Novelle 81. Cap. 2. verordnet, daß Kinder in dieſem Falle gar nichts von ihren Rechten verlieren ſollen, ſo glaube ich, daß das ius ſui heredis nicht aufhöre. (* 3)

(1) *Ge. Lud. Boehmer* diſſ. de diſcrimine ſuorum & emancipatorum in ſucceſſione inteſtati § 2. ſqq. elect. iur. civ. T. I. p. 151. *Joh. Chriſt. Koch* de ſucceſſione ab inteſtato §. 6.
(2) *Forſter* de ſucceſſione ab inteſtato. L. 8. cap. 9. n. 6. *Stryk* de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ. 1. cap. 2. *Hellfeld* iurisprud. forenſis Lib. 1. Tit. 7. §. 161.
(3) *Berger* oec. iuris p. 116. edit. noviſſ. Anderer Meynung iſt *Boehmer* l. c. §. 8. p. 146. ſqq.

§. 163. Deutſches Recht.

Die väterliche Gewalt wird 1) heutzutag, wie ſich von ſelbſt verſteht, durch den Tod verlohren. 2) Die Beendigung durch Capitisdiminution kommt bey uns ſehr ſelten vor; dann ob wir gleich Sklaven haben, ſo trägt ſich doch kein Fall zu, daß ein freyer Menſch und ein deutſcher Bürger ein Sklav würde. Er kann in türkiſche Sklaverey fallen, aber wir ſehen ihn darum doch nicht als Sklaven an. Wird jemand ein Leibeigener, ſo verliert er die väterliche Gewalt nicht, denn dieſe hat ein Leibeigener ſo gut, als ein Freyer. Wenn hingegen jemand in die Reichsacht erklärt wird, ſo verliert er alle ſeine Rechte, und folglich auch die väterliche Gewalt. Die Landesverweiſung aber hat dieſe Wirkung nicht. (* 1) 3) Würden und Aemter befreyen heutiges Tages nicht von der väterlichen Gewalt, und wenn es auch die höchſte und anſehnlichſte wären. Dies halte ich wenigſtens für die richtigere Meinung, und glaube daher, daß es ganz unnöthig ſey, zu unterſuchen, welche heutige Aemter mit den von Juſtinian feſtgeſetzten zu vergleichen ſeyen; auch daß die vormals ſehr beſtrittene Frage, ob die Doctorwürde von der väterlichen Gewalt befreye, leicht zu beantworten ſey. (* 2) Da übrigens der Sohn, wann er ein öffentliches Amt erhält, meiſtens auch ſeine eigene Haushaltung anſtellt, ſo geht er aus der väterlichen Gewalt; aber die Urſache liegt nicht in dem Amt, ſondern in der eigenen Oeconomie. 4) Die Emancipation iſt nicht abgeſchafft. Man hat Beyſpiele, daß ſie durch ein landesherrliches Reſcript ſowohl, als vor der Obrigkeit geſchieht. (* 3) Indeſſen iſt ſie

doch selten; weil die Kinder durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, und die Töchter insonderheit durch das Heyrathen aus der väterlichen Gewalt gehen. (* 4)) Wann nemlich a) der Sohn sich häuslich niederläßt, und zugleich von dem Seinigen lebt, so wird er von der väterlichen Gewalt frey. Beydes also wird zusammen erfordert, eines allein ist nicht hinreichend. (* 5) Ein gleiches ist b) Rechtens, wann die Tochter ihre eigene Oeconomie anfängt, wiewohl der Fall selten ist. (* 6) c) Wann die Tochter heyrathet, so hört die väterliche Gewalt auf. (* 7) Hingegen hat d) die Verheyrathung des Sohnes allein diese Wirkung nicht. (* 8) 6) Diese Befreyung von der väterlichen Gewalt hebt zwar das Erbrecht nicht auf, aber doch das ius sui heredis. (* 9) Wann heutiges Tages ein Kind ausdrücklich emancipirt wird, so behält der Vater die Hälfte der Adventitien im Nießbrauch, wie das römische Recht vorschreibt. (* 10) Aber wenn die Kinder durch die eigene Haushaltung oder Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt gehen, so fällt der Nießbrauch ganz weg. Dies ist wenigstens die richtigere Meinung. (* 11) Dann diese Befreyung ist eine Wohlthat der Gesetze, nicht des Vaters. Der Vater kann also keine Belohnung dafür fordern. 8) Einige nennen die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt durch Heyrath und eigene Haushaltung eine stillschweigende oder Quasiemancipation. Aber die Benennungen sind unschicklich. Dann Emancipation erfordert eine Erklärung des Vaters, und zwar eine ausdrückliche. Hier aber ist schlechterdings keine Erklärung des Vaters nöthig, sondern die Befreyung von der väterlichen Gewalt geschieht ipso iure, auch gegen des Vaters Willen.

(1) *Lauterb.* coll th. pr. Lib. 1. Tit. 7. §. 22.
(2) *Harpprecht* diss. de separatione liberorum ab oeconomia paterna (in diss academ. Vol. 1. n. 3.) n. 151. *Wernher* observ. ad *Boehmer* tit. de adopt. §. 10. *Thomas.* not. ad Inst. h. t. p. 71.
(3) *Wernher* part. 1. obs. 9. pag. 11. *Heimburg* diss. cit. §. 65. sqq. *Ludolf* Tom. 2. obs. 165. Moser Staatsrecht 22. Theil. Seite 431. *Müller* ad *Leyser.* tom. 1. obs. 101.
(4) Man sehe von dieser Materie *Ferd. Christ. Harpprecht* diss. cit.
(5) *Berger* Part. 1. resp. 195. *Stryk* Us. mod. tit. de adopt. §. 19. *Leyser* sp. 21. med. 4. *Harpprecht* thes. 22. & 27.
(6) *Harpprecht* thes. 19. n. 101.
(7) *Pufendorf* Tom. 1. obs. 99. Ob die Verheyrathung der Töchter bey den Römern eine Dissolution der väterlichen Gewalt nach sich gezogen habe, untersucht *D'Arnaud* in var. coniecturis. pag. 194.
(8) *Heimburg* l. cit. §. 79. *Stryk* ad Lauterb. Tit. de adopt. verb. *matrimonium.*
(9) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 16. ibique citati. *Harpprecht* diss. alleg. th. 37. n. 206. *Renz* diss. de mixtura iuris rom. & germ. in materia de patria potestate §. 32. *Pufendorf.* Tom. 3. obs. 7.
(10) *Berger* Oecon. iur. L. 2. Tit. 2. thes. 33. not. 9. *Barth* diss. de emancipat. sax. §. 8.

(11)

(11) Man sehe Homberg am a. O. *Stryk* in U. M. tit. de adopt. §. 26. *Berger* l. c. *Renz* diss. cit. §. 34. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 98. §. 17. p. 270. Cramer Nebenstunden 81. Theil. 7. Stück S. 141. Anderer Meinung ist *Leyser* sp. 164. med. 5.

§. 164. Von der Abfindung der Kinder.

Um die Streitigkeiten abzuschneiden, die in dem Fall, wann Kinder aus verschiedenen Ehen erben wollen, oft entstehen; und zu verhindern, daß die Kinder erster Ehe nicht durch die Stiefeltern verkürzt werden, hat man an einigen Orten in Deutschland die **Absonderung der Kinder, Abtheilung, Abfindung, Schichtung** eingeführt. Eltern, die zur zweyten Ehe schreiten wollen, tretten den Kindern erster Ehe einen Theil ihres Vermögens ab, der entweder durch Verträge, oder die Obrigkeit bestimmt wird. Die Wirkung davon ist, a) daß die Kinder Eigenthümer dieses abgetrettenen Vermögens werden; b) daß sie Vormünder bekommen; c) daß die Kinder zweyter Ehe das übrige Vermögen allein erben, und d) die abgefundene Kinder nur alsdenn darinn succediren, wann aus zweyter Ehe keine Kinder gebohren werden. (* 1) Hingegen e) die väterliche Gewalt wird durch die Separation nicht aufgehoben. (* 2)

(1) *Melch. Dethmar. Grolmann.* diss. de separatione liberorum per elocationem et divisionem Giss. 1711. *Ioh. Georg Buinekau* diss. de separatione liberorum. Goetting. 1752. *Mev.* ad ius Lubec. P. 2. Tit. 2. artic. 2. et 3. *Stryk* de succes. ab intest. diss. 1. cap. 4. §. 23. sqq. *Hert.* vol. 1. resp. 195.

(2) *Buinekau* diss. cit. §. 9. G. L. Boehmer diss. cit. de discrim. siorum et emancipatorum §. 17.

TIT. XIII.

De Tutelis.

§. 165. Eintheilung der Menschen, welche sui iuris sind.

Im Familienzustande sind die Menschen entweder **ihre eigne Herren**, oder nicht, (sui iuris oder alieni iuris.) Die letztere sind entweder Sklaven, oder filii familias. Von beyden ist in den vorhergehenden Titeln gehandelt. Wir gehen nun zu den Menschen, welche sui iuris oder patres familias sind, und diese sind von dreyerley Art. Einige stehen unter der **Turel**, andere unter der **Curatel**, andere unter **keiner Aufsicht** (neutro iure tenentur).

§. 166. Von den zweyerley Arten der Tutel nach altem römischen Rechte.

Das Wohl des Staates erfordert, daß Menschen, welche sich nicht selbst vorstehen, und ihr Vermögen nicht selbst verwalten können, einen Beystand bekom-

men, der die Aufsicht über ihre Person und Güter führt. Dergleichen Personen waren nach dem alten römischen Recht 1) alle **Weibspersonen** lebenslang; 2) die **unmündige Mannspersonen.** Daher standen die Weibspersonen unter einer beständigen Tutel; nemlich so lange sie unmündig waren, unter der **pupillarischen,** sobald sie aber mündig wurden, unter der **Weibertutel.** Die Mannspersonen hatten Vormünder, bis sie mündig wurden. Die beständige Tutel der Weibspersonen aber kam in neuern Zeiten, ohngefehr im dritten Jahrhundert nach Christi Geburt, ab; genau läßt sich die Epoche nicht bestimmen. (* 1) Nach neuem römischen Recht also stehen nur Unmündige, das heißt Mannspersonen, welche noch nicht 14 Jahre haben, und Personen weiblichen Geschlechts, die noch nicht 12 Jahre alt sind, unter der Tutel; von der beständigen **Weibertutel** kommt in unsern Justinianeischen Gesetzbüchern nichts mehr vor.

(1) *Everh. Otto* diss. de perpetua feminarum tutela cap. 1. §. 24. in diss. iur. publici et privati p. 227. sqq.

§. 167. Erklärung der pupillarischen Tutel.

Was ist also die pupillarische Tutel? Unser Autor giebt zwey Definitionen, eine eigene, und eine legalische. Die eigene heißt: die Tutel ist ein öffentliches, persönliches *munus*, vermöge dessen jemand Unmündige, die *sui iuris* sind, erziehen, und ihr Vermögen verwalten muß. Also ist sie ein öffentliches, persönliches munus. Munus publicum heißt im römischen Recht eine Beschwerde, eine Pflicht, die ein Bürger zum Besten des Staats übernehmen muß. Besteht diese Beschwerde in einer Abgabe, so heißt sie munus publicum *reale*; ist sie aber ein Dienst, eine Beschäftigung, so heißt sie munus publicum *personale*. Also munus publicum bedeutet in der Definition der Tutel kein öffentliches Amt. Der Tutor ist keine öffentliche, sondern eine Privatperson. Er hat aber als Bürger dem Staat zum Besten eine beschwerliche Bemühung. Diese besteht a) in der Erziehung eines Unmündigen, oder einer Unmündigen, und b) in der Verwaltung ihres Vermögens. Genauer wird diese doppelte Pflicht im 21ten Titel dieses Buches beschrieben werden. Die Unmündige, welche unter der Tutel stehen, heißen **Pupillen, Pflegbefohlne, Mündel.** Die Tutel ist also unterschieden von der **Curatel** eines **Minderjährigen.** Wann nemlich ein Mensch **mündig,** aber noch nicht **majorenn,** nicht 25 Jahr alt ist, so wird sein Vermögen von einem **Curator** verwaltet. Im Deutschen benennt man beyde mit dem allgemeinen Namen **Vormund.** Die legalische Definition steht im §. 1. Inst. h. t. Ueber ihre Erklärung ist vieles geschrieben worden. Die Tutel soll *vis* et *potestas* seyn. In diesen Worten sucht man mancherley Geheimnisse, an die der Verfasser wohl nie gedacht hat. (* 1) *In capite libero.* Ob diese Worte auf den Tutor oder Pupillen gehen, ist bestritten. Die richtigste Meinung aber ist wohl, daß der Pupill darunter zu verste-

hen

hen sey. (* 2) *Iure civili data et permissa.* Einige suchen in diesen Worten die Gattungen der Tutel, die testamentariam, legitimam und dativam; sind aber wieder verschiedener Meinung, wann die Frage ist, welche von diesen Tutelen iure civili data, und welche nur permissa sey? Andere erklären die angeführte Worte richtiger nur dahin: einem Tutor ist seine Gewalt von den Gesetzen ertheilt, aber auch bestimmt und eingeschränkt.

(1) Man s. *Maran.* paratitl. tit. de testam. tut. in opp. p. 428. *Ev. Otto* in vita Serv. Sulpicii cap. 6. §. 4. in Eiusd. thesaur. Tom. 5. p. 1589. *Gebauer* Programm. cit. in Eiusd. Exercit. Vol. 2. n. 26. *Toullieu* diss. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan. n. 8. p. 279. sqq. *Christ. Wagner* lib. sing. de genuino definitionis tutelae intellectu Lips. 1742.

(2) *Wiesand* opusc. p. 7. sqq.

§. 168. Drey Gattungen der Tutel, in Rücksicht auf deren Fundament.

Die Tutel ist, wann man auf ihr Fundament siehet, dreyerley: testamentaria, legitima und dativa. Wann der Vater oder Großvater im Testament einen Vormund ernennt: so heißt er *tutor testamentarius*, seine Vormundschaft *tutela testamentaria*. Wann aber kein testamentarischer Tutor vorhanden ist: so müssen die nächste Verwandten des Unmündigen die Tutel übernehmen, und diese heißt *tutela legitima*. Sind auch keine Verwandte da: so giebt die Obrigkeit einen Vormund, welcher *tutor dativus* heißt. Die testamentaria geht allen andern vor. Wann der Vater im Testament einen Vormund ernennt hat, so haben die Verwandte weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit zur Tutel. Die legitima schließt die dativam aus; das heißt, so lange sich noch Anverwandte des Pupillen finden, welche zur Vormundschaft tüchtig sind, kann die Obrigkeit keinen Fremden zum Vormund bestellen.

Zweyerley habe ich noch anzumerken: 1) man findet bey dem Ulpian in seinen Fragmenten tit. 11. §. 7. 8. von einer *tutela cessitia* Nachricht. Er versteht darunter eine Tutel, die ein Anverwandter dem andern abtritt. Also nur die tutela *legitima* konnte abgetretten werden. Das Claudische Gesetz schaffte aber diese Abtrettung der pupillarischen Tutel ab, und erlaubte sie nur bey der beständigen Weibertutel. (* 1) 2) Kennt nicht das römische Recht ausser der tutela testamentaria, legitima und dativa auch die *pactitiam?* Ueber diese Frage ist in den neuern Zeiten Streit geführt worden, dessen Geschichte man in den Hallischen Beyträgen zur juristischen gelehrten Historie (* 2) findet. Doch fehlen einige neuere Schriften. (* 3) Die richtigere Meinung, die auch Heineccius vertheidigt, ist, daß das römische Recht nichts von der tutela pactitia wisse. Die Gesetze, worinn man diese Tutel hat finden wollen, sind §. 9. Inst. de excus. tutor. und L. 15. §. 1. D. eod. Darinn heißt es, ein Vormund könne sich nicht von der Tutel excusiren, wann er dem Vater des

Pupillen

Pupillen versprochen habe, sich seiner Excusation nicht bedienen zu wollen. Diese Gesetze setzen also voraus, daß der Vormund schon durch Testament, oder durch die Gesetze unmittelbar zur Tutel verpflichtet, schon tutor testamentarius oder legitimus war. Der Grund seiner Vormundschaft war folglich nicht sein Vertrag mit dem Vater; und tutela pactitia kann doch wohl keine Tutel heißen, als deren Grund in einem Vertrage liegt.

(1) *Christian Guilielm. Küstner* diss. de tutela cessitia. Lipsi. 1745. 4.
(2) 1. Theil. 131. u. f. S.
(3) Nemlich *Lud. Henr. Schmid* de tutela pactitia iure rom. incognita. Alton. 1743. *H. G.* van *Vrghof* observat. iur. civ. cap. 9. *Io. Gottl. Heineccii* opusculum de tutela pactitia. Lipsi. 1765. 4.

§. 169. Wer kann Vormund werden?

Weil die Tutel ein persönliches munus ist, so kann 1) ein filius familias Vormund werden; dann er ist ein freyer Mensch, und hat in Rücksicht auf den Staat alle Rechte und Pflichten eines Bürgers. Hingegen 2) ein Sklave, ein Fremder, eine Weibsperson können keine Tutelen übernehmen. Denn ein Sklave und Fremder haben die Rechte und Pflichten der Bürger nicht; und einer Weibsperson trauen die Gesetze die zur Tutel erforderliche Geschicklichkeit, Ueberlegung und Klugheit nicht zu. Doch sind Mutter und Großmutter ausgenommen. (* 1) Sie können nicht allein Vormünderinnen werden, sondern gehen auch andern Verwandten in der Vormundschaft vor. Man glaubt, daß das, was ihnen als Weibspersonen an der erforderlichen Geschicklichkeit fehle, durch die vorzügliche Liebe zu ihren Kindern und Enkeln hinlänglich ersetzt werde. Nur müssen sie im Wittwenstande bleiben. Denn sobald sie zur zweyten Ehe schreiten, verlieren sie die Vormundschaft; weil man fürchtet, daß sie für den zweyten Ehemann mehr Liebe, als für ihre Kinder oder Enkel hegen mögen.

(1) Auch können heutiges Tages, wie Leyser sp. 331. med. 4. glaubt, andere Verwandtinnen, z. E. Schwestern und Tanten zur Vormundschaft gelassen werden.

§. 170. Fortsetzung. Die Vormünder sind in Absicht auf ihr Amt dreyerley.

Der Vormund soll den Pupillen erziehen, und sein Vermögen verwalten. 1) Wer also zur Erfüllung dieser doppelten Pflicht nicht fähig ist, der wird nicht zur Vormundschaft gelassen. Im Titel de excusationibus tutorum werden diese Vormundschaftsunfähige genauer bestimmt werden. Weil aber 2) der Vormund auf mancherley Art diese Pflichten erfüllen kann, so sind die Vormünder dreyerley, entweder *gerentes*, oder *honorarii* oder *notitiae causa dati*. Gerentes heißen die, welche unmittelbar an der Erziehung und Güter-

Admi-

Administration Theil nehmen; honorarii, welche nur die Oberaufsicht führen, und notitiae causa dati, welche den übrigen mit ihrem Rathe beystehen sollen.

§. 171. Wer bekommt einen Vormund?

Der Tutor wird zur Erziehung des Pupillen, und zur Güterverwaltung bestellt. Daraus folgt, 1) daß ein filius familias keinen Tutor bekommt, dann er ist in der väterlichen Gewalt; sein Vater erzieht ihn, und verwaltet sein Vermögen. 2) Kein Sklave bedarf eines Tutors. Er hat kein Vermögen, und ist er noch unerzogen, so erzieht ihn sein Herr. 3) Auch ein Fremder bekam keinen römischen Tutor, das ist, keinen Tutor, dessen Rechte und Verbindlichkeiten nach den römischen Gesetzen beurtheilt wurden.

TIT. XIV.

Qui testamento tutores dare possunt.

§. 172. Einleitung zu dieser Materie.

Die erste Gattung der Tutel ist also die testamentarische. Wann jemand in einem letzten Willen einem Pupillen einen Vormund setzt: so ist er entweder Vater (väterlicher Grosvater, Urgrosvater) des Unmündigen, oder nicht. Im letzten Fall ist keine testamentarische Tutel vorhanden. Der Vormund wird zwar zuweilen von der Obrigkeit bestätigt, wann er tüchtig ist; aber er ist doch kein testamentarischer Tutor, sondern ein *datiuus*. Wann hingegen der Vater einen Vormund ernennt, so heist die Tutel eine testamentarische, und diese ist zweyerley. Entweder ernennt der Vater den Vormund auf die gehörige Weise, oder nicht. Im ersten Fall heist man die Vormundschaft *tutelam testamentariam perfectam*, im andern *imperfectam*. Der letztere Vormund hat obrigkeitliche Bestättigung nöthig, ersterer nicht. Dieß ist ein kurzer Abriß der Lehre von der testamentlichen Vormundschaft, der uns in den Stand setzen wird, den gegenwärtigen Titel mit geringerer Mühe zu verstehen.

Die testamentarische Tutel ist schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln gegründet. Dann sie verordnen in der fünften Tafel: daß alles, was ein Hausvater über sein Vermögen, oder über die Vormundschaft seiner Kinder verordne, gelten solle. Ob die Leseart tutelaue *suae rei*

richtig sey, ist zweifelhaft; weil es einigen unschicklich scheint, daß die Kinder *res* seyn sollen. Sie lesen also nach Anleitung der Leg. 53. D. de V. S. super pecuniae tutelaeue, nach alter Art der Genitiv statt des Ablativs gesetzt. Man sehe Schultings Noten über Ulpians Fragmente am a. O. (*1)

(1) Auch *Wieling* Lect. iur. civil. lib. 2. cap. 17. *Io. Frid. Hertel* diss. de genuino sensu legis 120. de verb. signif. p. 22. sqq. und *Madihn* tr. de substit. pupill. §. 9. 10.

§. 173. Grund der testamentlichen Tutel.

Der Grund der testamentarischen Tutel ist folglich kein anderer, als die väterliche Gewalt. Wer diese hat, kann einen wahren und vollkommenen testamentarischen Tutor bestellen, ausserdem Niemand. Also der Vater kann den Kindern, der väterliche Grosvater den Enkeln, der väterliche Urgrosvater den Urenkeln Vormünder bestellen. Hingegen die Mutter, die Grosmutter, der mütterliche Grosvater, (*1) u. s. w. sind nicht befugt dazu.

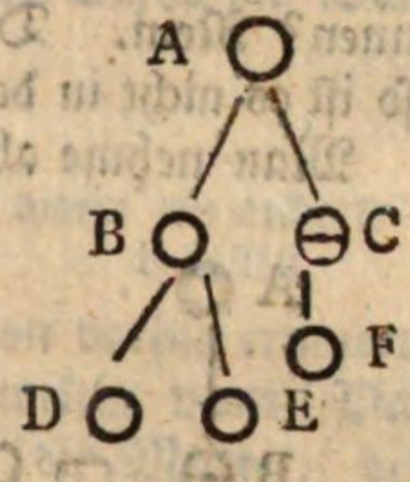
(1) *Brunnemann* cent. 1. decis. 93. *Georg. Hav. Richerz* diss. var. quaest. circa testamentum avi materni, (Giss. 1775.) §. 5.

§. 174. Was bey Bestellung eines testamentarischen Vormundes zu beobachten ist.

Wann aber der Vater oder Grosvater einen Vormund bestellen wollen: so müssen sie es auf die gehörige Weise thun. Dahin gehört 1) daß sie den Vormund in einem gültigen Testamente, oder in Codicillen ernennen, die im Testament bestätiget sind. Die Ursache liegt darinn; wann ich einen Vormund über meine Kinder ernenne, so will ich, daß er verbunden werde, meinen Willen zu erfüllen. Ich muß also eine solche Willenserklärung wählen, welche verbindende Kraft hat. Von dieser Art aber sind die Testamente; dann sie wurden in den ältesten Zeiten Roms eben so wie die Gesetze in den Volksversammlungen (comitiis) errichtet, und hatten daher gesetzliches Ansehen. Ein gleiches Ansehen hatten die im Testament bestätigte Codicille; dann sie wurden als ein Theil des Testaments angesehen, und was darinn verordnet ist, wird angesehen, als wenn es im Testament selbst verordnet wäre. Beyläufig bemerke man, daß eine Willenserklärung, worinn ich einen Erben ernenne, ein Testament; eine andere Disposition aber, die nach meinem Tod befolgt werden soll, ein Codicill heise. Wann ich im Testament erkläre, daß auch die schon verfertigte, oder noch zu verfertigende Codicille als ein Theil des Testaments betrachtet werden, und gelten sollen: so nennt man sie durch Testament bestätigte Codicille. Genauer wird diese Sache in den Titeln de testamentis, und de codicillis erklärt werden.

Wann

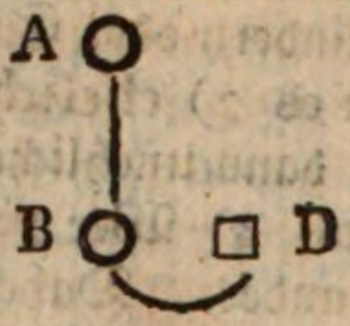
Wann ich meinen Kindern oder Enkeln einen testamentarischen Vormund ernennen will, so müssen es 2) eheliche, und 3) noch nicht emancipirte Kinder oder Enkel seyn; dann unehliche und emancipirte Kinder sind nicht in meiner väterlichen Gewalt. 4) Wer einen Vater hat, und in dessen Gewalt ist, bedarf keines Vormundes. Daher kann der Grosvater seinen Enkeln keinen Vormund bestellen, wann sie nach seinem Tode in des Vaters Gewalt fallen. Man denke sich nemlich den Fall



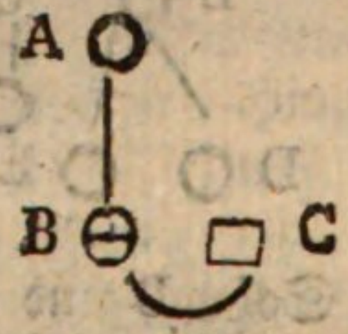
daß der Grosvater A seinen Sohn B und seine Enkel D E F noch alle in seiner väterlichen Gewalt habe. Dieser Fall konnte bey den Römern oft vorkommen, weil die Söhne, wann sie gleich ihre eigne Haushaltung anstellten, und heyratheten, doch in der väterlichen Gewalt blieben. Kann also der Grosvater A seinen Enkeln D E und F einen Vormund bestellen? Dem Enkel F kann er einen ernennen, dann dieser wird nach des Grosvaters Tod ein homo sui iuris; aber nicht den Enkeln D und E, weil sie nach seinem Tod in ihres Vaters B Gewalt fallen.

§. 175. Kann man den enterbten und postumen Kindern einen Vormund ernennen?

Die väterliche Gewalt hört nicht auf, wenn ich mein Kind enterbe. Daraus folgt, daß ich die Kinder enterben, und ihnen doch einen Vormund ernennen kann. Der Fall wird sich übrigens nicht leicht ereignen. Dann Enterbung setzt eine grosse Boßheit, Tutel einen unmündigen Menschen voraus. Nicht leicht aber wird ein Unmündiger schon so boshaft seyn, daß ihn sein Vater enterben wird. Kann einem postumo ein Tutor bestellt werden? Postumus heist nemlich hier ein Kind, das zu der Zeit, da die Vormundschaftsernennung im Testament geschieht, noch nicht gebohren ist. Kann ich also einem Kinde, welches noch nicht gebohren ist, einen Vormund ernennen? Man bemerke die Regel: Wann der Fall so beschaffen ist, daß der Postumus in des Testators Gewalt kommt, wofern er noch bey dessen Lebzeiten gebohren wird, so kann ihm ein Tutor ernennt werden; ausserdem aber nicht. Gesetzt also



A macht ein Teſtament, B iſt emancipirt, ſeine Frau C iſt zur Zeit, da das Teſtament errichtet wird, ſchwanger. Kann A dieſem noch nicht gebohrnen Kinde einen Vormund ernennen? Nein. Dann wann das Kind bey des A Lebzeiten zur Welt kommt, ſo iſt es nicht in deſſen Gewalt, ſondern in der Gewalt ſeines Vaters, des B. Man nehme aber an



Der Sohn B ſey nicht emancipirt geweſen, ſey verſtorben, und ſeine Wittwe befinde ſich ſchwanger. Jetzt mache A ein Teſtament. Kann er dem noch ungebohrnen Enkel einen Vormund ernennen? Allerdings, dann wann dieſer noch bey des Grosvaters Leben gebohren wird, ſo iſt er in deſſen väterlichen Gewalt. Der Grund übrigens, warum auch einem noch ungebohrnen Kinde ein Tutor ernennt werden kann, liegt in der Rechtsregel: poſtumus pro iam nato habetur, quoties de commodo eius quaeritur. Nun halten es aber die römiſche Geſetzgeber für etwas vortheilhaftes, einen teſtamentariſchen Vormund zu haben; weil ſie glauben, daß der Vater und der Grosvater allezeit den möglichſt beſten wählen werden. Deßwegen ſehen ſie einen Poſtumus in Rückſicht auf die teſtamentariſche Tutel für ſchon gebohren an.

§. 176. Wer kann im Teſtament zum Vormund beſtellt werden.

Wann ich im Teſtament einen Vormund ernenne, ſo will ich, daß mein Wille Wirkung haben ſoll. Folglich muß ich 1) einen beſtellen, welcher fähig iſt, die Vormundſchaft zu übernehmen. Beſtelle ich einen, der phyſiſch oder moraliſch unfähig dazu iſt, z. E. einen blödſinnigen, einen Soldaten: ſo iſt die Ernennung ohne Kraft. Ich muß 2) meinen Willen beſtimmt ausdrücken, ſo daß man weiß, wen ich gemeint habe, und keine Ungewißheit übrig bleibt. Wann ich alſo, wie jener Vater bey Leyſer (*1) erklärt hätte, daß meinen Kindern verſchwiegene, ehrſame, und wohl angeſeſſene *tutores* gegeben werden ſollten: ſo iſt die Erklärung ſo gut, als

keine.

keine. Einerley aber ist es 3) ob ich den Vormund unbedingt, (pure) oder unter einer Bedingung, nach einer Zeit, oder auf eine Zeit ernenne. Dann die Gesetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater zu disponiren, wie er will. Ich kann also sagen: Titius soll der Vormund meiner Kinder seyn, unter der Bedingung, wann er seine Wohnung hieher verlegen wird, oder, wann er nicht heyrathet, und keine eigene Kinder zu erziehen bekommt. u. s. w. Er soll Vormund seyn über mein Kind, bis es 10 Jahr alt ist (in certum tempus), nachher soll Cajus die Vormundschaft übernehmen, (also a certo tempore.)

(1) Sp. 330. m. 2.

§. 177. Was ist Rechtens, wann ein anderer als der Vater einen Vormund bestellt?

Nur die Tutel, wie schon vorhin erinnert worden ist, heist bey den Römern eine testamentarische, welche vom Vater, Grosvater, ꝛc. bestellt ist. Wann ein anderer z. E. die Mutter, der Oheim, ein entfernter Verwandter, oder auch ein Fremder einem Unmündigen einen Vormund im Testament ernennt, so ist es kein tutor testamentarius; doch wird er von der Obrigkeit bisweilen zur Tutel gelassen. Wann ich nemlich a) einem Unmündigen, der nicht in meiner väterlichen Gewalt ist, einen Tutor ernenne, und ihn zugleich zu meinem Erben einsetze, so wird der Tutor, wann ihn die Obrigkeit für tüchtig hält (praevia inquisitione) bestätigt, und er ist ein tutor datiuus. Wann ich hingegen b) einem Unmündigen, über den ich keine väterliche Gewalt habe, im Testament einen Vormund ernenne, und denselben doch nicht zum Erben einsetze: so wird auf meine Vormundsbestellung gar keine Rücksicht genommen.

§. 178. Die testamentarische Tutel ist entweder vollkommen oder unvollkommen.

Die vom Vater bestellte Tutel ist entweder ohne allen Mangel, das heist, der Vater giebt einen Vormund in der gehörigen Willenserklärung, (ubi oportet); den Kindern, die in seiner Gewalt sind, und nach seinem Tode sui iuris werden, (quibus oportet); und zwar einen zur Tutel fähigen, bestimmten Mann, (quem oportet); oder seine Ernennung hat Mängel. Im ersten Fall wird nach römischem Recht der Vormund ohne alle obrigkeitliche Bestätigung zur Vormundschaft gelassen, und diese heist daher bey den neuern Juristen tutela testamentaria perfecta. Im letzten Fall aber muß der Vormund die obrigkeitliche Bestätigung suchen, und erhält sie, auch ohne weitere Prüfung, (sine inquisitione); wann er nur nicht ganz offenbar unfähig zur Tutel ist. Er wird auch als ein testamentarischer, und nicht als ein datiuus tutor angesehen; und dieses ist tutela testamentaria imperfecta.

Die Fälle, wo sie vorkommt, sind in der Note erzählt. Es gehört dahin a) wann das Testament, worinn der Vormund ernennt ist, ungültig ist. b) Wann der Vormund in Codicillen ernennt ist, die in einem Testament bestätiget sind; c) wann ich meinen emancipirten Kindern einen Vormund ernenne, oder d) meinen natürlichen, das heißt, mit einer Concubine erzeugten Kindern. Nur muß ich ihnen zugleich etwas von meinem Vermögen hinterlassen, dann sonst wird, wie vorhin gesagt worden ist, auf meine Disposition nicht reflectirt.

§. 179. Was ist Rechtens, wann der testamentarische Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt?

1) Zuweilen wird der testamentarische Tutor verhindert, die Tutel sogleich zu übernehmen; (tutela testamentaria impeditur.) 2) Zuweilen fällt derselbe ganz weg, das ist, er kommt gar nicht zur Tutel, oder verliert sie; (deficit tutela testamentaria.) Im ersten Fall giebt die Obrigkeit einen Interims-Vormund, welcher die Tutel so lange führt, bis das Hinderniß aufhört. Dahin gehört, wie in der ersten Note bemerkt wird: a) wann der Tutor erst nach einer gewissen Zeit die Vormundschaft erhalten soll, und diese Zeit bey dem Absterben des Vaters noch nicht erschienen ist, (dies adhuc pendet;) b) wann der Tutor nicht eher zur Vormundschaft kommen soll, bis eine gewisse Bedingung erfüllt ist, (datus est sub conditione suspensiva,) und die Erfüllung noch nicht geschehen ist; (conditio adhuc pendet.) c) Wann der Vormund unbedingt bestellt worden ist, aber der eingesetzte Erbe die Erbschaft noch nicht angetretten hat. Dann so lange das noch nicht geschehen ist, bleibt alles aufgeschoben, (in suspenso) was im Testament verordnet ist. (* 1) Man muß sich übrigens hier folgenden Fall vorstellen: der Vater hat sein unmündiges Kind enterbt, und einen andern Erben eingesetzt, dem Kind aber dennoch einen Vormund bestellt. Der eingesetzte Erbe deliberiret, ob er die Erbschaft annehmen will. Während dieser Zeit wird von der Obrigkeit ein Tutor gegeben. Tritt nachher der Erbe die Erbschaft an, so wird die Tutel dem testamentarischen Tutor übergeben. (* 2) d) Gehört hieher der Fall, wenn der testamentarische Tutor in die feindliche Gefangenschaft gerathen ist. Während dieser Zeit nemlich, daß er gefangen ist, giebt die Obrigkeit einen Vormund; und kommt der testamentarische Vormund wieder zurück, so wird ihm die Tutel abgetreten. e) Wann der im Testament ernennte Tutor noch minderjährig ist. Hier muß die Obrigkeit einen Tutor geben, welcher in der Zwischenzeit, bis der testamentarische Vormund majorenn wird, die Tutel führt. f) Wenn er taubstumm oder blödsinnig ist, und man hofft, daß die Mängel mit der Zeit gehoben werden können.

Wie aber, wenn die testamentarische Tutel ganz wegfällt? Hier sind

zwey

zwey Sätze zu bemerken. Der erste heißt: wann die Obrigkeit bey dem Abgang des testamentarischen Tutors concurriret, so giebt sie einen andern Vormund; der zweyte: wenn sie aber nicht concurriret, so kommt der gesetzliche Tutor zur Vormundschaft. Zu dem ersten Satz gehören folgende Beyspiele, a) wenn der im Testament ernennte Tutor sich entschuldiget. Findet der Magistratus die Entschuldigung gegründet: so dispensirt er den ernennten Vormund von der Tutel, und giebt einen andern, wen er will, nicht gerade den nächsten Verwandten des Pflegbefohlnen. b) Wann der testamentarische Tutor wegen schlechter Führung der Vormundschaft abgesetzt wird. Auch hier giebt die Obrigkeit einen andern Vormund, und zwar, wen sie will. Zum zweyten Satz gehören nachstehende Exempel: a) wann der testamentarische Tutor stirbt, ehe er die Tutel übernommen hat, oder ehe der Pupill mündig ist; (*[3]) b) wann die Zeit, auf welche der Vormund ernennt war, verflossen ist. (dies, in quem tutor datus, venit.) c) Wann der Vormund nur bis zur Existenz einer gewissen Bedingung die Vormundschaft führen soll, z. E. so lange bis er heyrathet, und diese Bedingung existirt, (conditio resolutiva existit.) In allen diesen Fällen übernimmt der gesetzliche Vormund (tutor legitimus) die Tutel.

Der Grund, warum in dem einen Fall die Obrigkeit einen Tutor giebt, im andern Fall aber die tutela legitima eintritt, ist nicht in den Gesetzen, und so viel ich weiß, auch von keinem Rechtsgelehrten angezeigt. Ich glaube, daß er darinn liegt: im ersten Fall (si tutor deficit concurrente magistratu) erfuhr der römische Magistratus den Abgang des testamentarischen Tutors; er mußte daher einen andern bestellen, und zwar den tüchtigsten, nicht nothwendig den nächsten Verwandten; weil diesen der Vater nicht zum Vormund bestellt, und dadurch schon einigermassen verdächtig gemacht hatte. Im zweyten Fall aber (si tutor testamentarius deficit non interveniente magistratu) kommt der nächste Verwandte zur Tutel. Dann die römische Magistratus hatten einen ungeheuer großen Jurisdictionsbezirk, und erfuhren daher einen solchen Abgang des testamentarischen Tutors gar selten.

(1) *L.* 9. *L.* 16. *p. D. de testam. tut.*

(2) *Vinnius* ad §. 1. I. de Attil. tut. Aber wann nun der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, wer erhält alsdann die Tutel? *Mynsinger* ad §. 1. Inst. de Attil. tut. verb. desinebat esse tutor. glaubt, der testamentarische bekomme sie. Allein *Kittersh.* in comment. ad tit. de Attil. tutore p. 107. behauptet, sie falle dem gesetzlichen zu. Da ein Vormund, der in einem andern ungültigen Testamente (rupto, aut imperfecto testamento) vom Vater ernennt ist, die Vormundschaft, wiewohl nach vorhergehender Bestätigung der Obrigkeit, erhält; so sollte man eben dieses auch im gegenwärtigen Fall behaupten. Ich sehe aber freylich nicht ein, wozu es bey diesen Umständen nöthig war, daß man während der Zeit, als die Erbschaft noch nicht angetretten war, (iacente hereditate)

ditate) einen Dativtutor bestellte. Dann die Erbschaft mochte angetretten werden, oder nicht, so kam doch allezeit der testamentarische Tutor zur Tutel.

(3) *Dan. Frid. Hoheisel* in sched. de tutore in locum testamentarii defuncti a magistratu dando, Hal. 1736. meynt Ulpian und Paulus, welche diesen Satz in L. 11. de testam. tut. und L. 6. de legit. tut. behaupten, hätten sich geirret. Seltsam, daß Hoheisel diese Sache besser weiß, als Ulpian und Paulus.

§. 180. Deutsches Recht.

In Deutschland sollen nach der Vorschrift der beyden angeführten Policeyordnungen alle Vormünder von der Obrigkeit bestättiget werden. Also, wenn gleich ein Vormund im Testament von dem Vater auf die gültigste Weise bestellt ist, so muß er dennoch die obrigkeitliche Bestättigung suchen. Man schließe aber daraus nicht, wie einige gethan haben, daß heutiges Tages aller Unterschied zwischen vollkommen und unvollkommen testamentarischen Vormündern wegfalle, und der gegenwärtige Titel keinen practischen Nutzen mehr habe. Diese Folge wäre irrig, und ich will sie am Ende des folgenden Titels widerlegen.

Tit. XV.

De legitima agnatorum tutela.

§. 181. Fälle, wo die gesetzliche Tutel eintritt.

Wann a) kein Tutor vom Vater im Testament ernennt, oder b) der Ernennte ganz unfähig, oder c) so unbestimmt bezeichnet ist, daß man nicht weiß, wer gemeint sey, oder d) ohne Concurrenz der Obrigkeit (§. 170. III.) abgehet: so kommen gewisse Personen zur Tutel, welche die Gesetze selbst dazu rufen, und diese heißen *tutores legitimi*, gesetzliche Vormünder.

§. 182. Was ist die gesetzliche Tutel?

Gesetzliche Tutel, *tutela legitima*, im weitläuftigen Verstande heißt jede Tutel, die von den Gesetzen gewissen Personen unmittelbar übertragen wird. Sie ist zweyerley. Entweder gründet sie sich in den Gesetzen der zwölf Tafeln, oder ist durch die Gewohnheit eingeführt. Von der letzten Art ist die *tutela fiduciaria*, welche im 19ten Titel beschrieben wird. Die erste ist in den Gesetzen der 12 Tafeln entweder ausdrücklich, oder nur versteckt *(implicite)* gegründet. Ausdrücklich enthalten diese Gesetze die *tutelam agnatorum*; versteckt die *tutelam patronorum* und *parentum*. (* 1)

Die

Die Anmerkung enthält noch eine weitere Aufklärung dieser Materie in folgenden Sätzen: 1) die Gesetze der 12 Tafeln riefen die Agnaten und Gentilen mit deutlichen Worten zur Erbschaft und zur Tutel. In der fünften Tafel heißt es: si pater familias intestato moritur, cui impubes suus heres escit, agnatus proximus tutelam nancitor. 2) Diese Gesetze riefen auch den Patron und seine Kinder zur Erbschaft des Freygelassenen. Die 5te Tafel sagt: si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit, ast patronus patronive liberi escint: ex ea familia (nemlich des Freygelassenen) in eam familiam (des Patrons) proximo pecunia aduitor, (das Vermögen soll ihm heimfallen.) Von der Vormundschaft des Patrons über den Freygelassenen, sagen diese Gesetze nichts. Weil aber die Juristen die Regel festgesetzt hatten: wer Erbe eines Menschen ist, muß auch nach den Gesetzen die Vormundschaft über ihn übernehmen, so schlossen sie ferner, daß nach dem Sinn des Gesetzes der Patron Vormund über den unmündigen Freygelassenen seyn müsse, und nennten daher diese Tutel auch eine gesetzliche. 3) Die Tutel eines Vaters über seine unmündige emancipirte Kinder kam ebenfalls in den Gesetzen der 12 Tafeln nicht vor. Indessen führten sie die Juristen ein, weil man den Vater als Patron des emancipirten Kindes betrachtete, und sie wurde durch die Observanz angenommen. Man nennte sie tutelam fiduciariam von dem pacto fiduciae, welches bey der alten Emancipation geschlossen wurde. (§. 159.) 4) Die Rechtsgelehrten brachten auch den Satz auf: wann ein Vater, welcher über sein emancipirtes Kind die Tutel geführt hat, vor deren Endigung stirbt, so sollen die nicht emancipirte Söhne des Vaters die Tutel continuiren; und auch diese wurde fiduciaria genennt, weil sie eine Fortsetzung der eigentlichen fiduciarischen war. 5) Als durch neuere Gesetze dem Vater ein Successionerecht in dem Vermögen seiner Kinder gegeben wurde: so rechneten nun die Juristen des Vaters Vormundschaft über dergleichen Kinder unter die gesetzlichen. Denn nun trat die Regel bey dem Vater ein: wer erbt, muß auch nach den Gesetzen Vormund werden. Hingegen 6) bekamen die nicht emancipirte Söhne des Vaters kein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes; daher wurde auch ihre Tutel nie legitima genennt, sondern behielt den Namen fiduciaria.

(1) Einige Juristen, z. E. *Io. Faber* ad tit. I. de legit patronor. tut. n. 1. und *Stryk* us. mod. P. tit. de legit. tutor. behaupten, daß auch die pupillariter substituti zu den legitimis tutoribus gehörten; aber ohne Grund. S. *Car. Frid. Walch* diss. (sub praesid. Buderi. Ien. 1753.) de tutela extraneor. legitima, §. 9. 10.

§. 183. Von der Vormundschaft der Agnaten und Gentilen.

Die gesetzliche Vormünder sind nach den 12 Tafelgesetzen Agnaten und Gentilen. Sie sind, wenn jemand ohne Testament stirbt, seine Erben, und

müssen daher auch Vormünder werden. Dann die Römer sahen die Vormundschaft als eine große Last an, und hielten es daher für billig, daß der, welcher die Hoffnung zur Erbschaft hat, auch die Vormundschaft übernehme. Sind mehrere Agnaten vorhanden, so geht der nähere im Grad dem entfernteren vor; und sind sie im gleichen Grad, so bekommen sie alle zusammen die Tutel. Die Cognaten erben nach den Gesetzen der 12 Tafeln nicht, daher waren sie auch nicht schuldig, Vormünder zu werden.

§. 184. Justinians Verordnung darüber.

Justinian aber hat in der Intestaterbfolge den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben. Ein jeder Verwandter, er sey Agnat, oder Cognat, hat ein Erbrecht. Daher müssen auch die nächste Cognaten die Vormundschaft übernehmen, so gut, als die Agnaten. Sogar die Mutter und Grosmutter gelangen dazu; gegen die Regel, vermöge der die Weibspersonen von der Tutel ausgeschlossen sind; und werden den entfernteren Verwandten vorgezogen. Wann der nächste Verwandte zur Zeit, da ihm die Tutel zufällt, noch minorenn ist, so übernimmt sie einsweilen der entferntere (* 1) so lange, bis jener majorenn wird.

(1) L. 9. §. 1. de tutel. et ration. *Leyser* sp. 331. cor. 6. p. 480.

§. 185. Deutsches Recht.

Ein gesetzlicher Vormund bedarf nach römischem Recht keiner Bestätigung. Nach deutschen Gesetzen aber haben alle Vormünder, also auch die gesetzlichen, die obrigkeitliche Bestätigung nöthig. Thomasius (* 1) und Ludewig (* 2) wollen daraus den Schluß ziehen, daß alle Vormünder in Deutschland dativi tutores seyen, und daß der ganze Unterschied zwischen einem testamentarischen, gesetzlichen und gegebenen Vormund wegfalle. Aber dieser Schluß ist übereilt. Wann er richtig wäre, so könnte die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Vormund nach Gefallen übergehen und einen andern bestellen: dieses geht aber nicht an. Die Obrigkeit muß hinlänglichen Grund haben, wann sie dem testamentlichen oder gesetzlichen Vormund die Bestätigung versagen will. (* 3) Die obrigkeitliche Bestätigung ist auch den vollkommen testamentarischen, und gesetzlichen Vormündern blos dazu nöthig, daß sie die Vormundschaft führen können; ihr Recht dazu entsteht aus dem Testament, oder aus den Gesetzen. Es ist daher noch heutiges Tages ein großer Unterschied zwischen der Bestätigung, welche ein unvollkommen testamentlicher, und derjenigen, die ein vollkommen testamentarischer oder gesetzlicher Vormund erhält, wie in den Pandecten gezeigt wird. (* 4)

(1) Not. ad Inst. p. 74. ad pand. p. 247.
(2) Diss. de diff. I. R. et G. in tutelis testament. et legit. diff. 12. lit. tt. In opusc. miscell.

miſcell. Tom. 2. p. 1107. Idem in diſſ. de differ. I. R. et Germ. in tutela Atiliana diff. 2. in opuſc. pag. 1166.

(3) *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 50.

(4) *Ayrer* diſſ. de differentiis iuris romani et Lubecenſis in confirmandis tutoribus §. 13. ſqq. doch ſehe man auch *Kortholt* diſſ. de differentiis iuris romani et Heilbronnenſis in tutel. §. 11. ſqq.

§. 186. Uebergang zum folgenden Titel.

Das Agnationsrecht gieng durch die Capitisdeminution verlohren; dieſe machte daher auch nach altem römiſchen Recht der geſetzlichen Tutel ein Ende. Wann nemlich ein Agnat geſetzlicher Vormund war, und Capitisdeminution erlitt: ſo hörte ſeine Vormundſchaft auf, und dies iſt die Urſache, warum die Verfertiger der Inſtitutionen hier die Lehre von der Capitisdeminution einſchieben.

Tit. XVI.

De capitis deminutione.

§. 187. Was iſt capitis deminutio?

Caput heißt bey den Römern unter andern der bürgerliche Zuſtand, (ſtatus civilis;) das heißt der Zuſtand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie. Caput liberum heißt ein Menſch, der ſein eigner Herr iſt. Capite Cenſus einer, der nicht ſo viel Vermögen hat, daß es der Mühe werth wäre, es in die öffentliche Volksliſten oder Schatzungstafeln (tabulas cenſuales) zu bringen, deſſen Namen alſo allein, ohne Vermögen, in dieſe Tabellen eingetragen wird. Die Sklaven hießen capite deſtituti; dann ſie hatten keinen bürgerlichen Zuſtand; poena capitalis bedeutet nicht blos eine Lebensſtrafe, ſondern auch die Beraubung der Freyheit oder des Bürgerrechtes; iudicium capitale nicht blos ein Proceß, der auf Leib und Leben geht, ſondern auch einer, bey dem Freyheit oder Bürgerrecht auf dem Spiele ſteht. *Capitis deminutio* iſt alſo ein Verluſt des bürgerlichen Zuſtandes. Dieſe Definition halte ich für richtiger, als die legaliſche: capitis deminutio eſt ſtatus prioris mutatio. Dann nicht jede Veränderung des bürgerlichen Zuſtandes iſt eine capitis deminutio. Z. E. wann der Vater ſtirbt, ſo leidet der Sohn eine Veränderung ſeines Zuſtandes, aber keine Capitisdeminution (* 1)

(1) *Wieſand* opuſc. p. 16. ſqq.

§. 188. Eintheilung derſelben.

Sie iſt dreyerley, die größte, mittlere und geringſte. Die größte beſteht in dem Verluſt der Freyheit, die mittlere in dem Verluſt des Bürgerrechts,

rechts, und die geringste in dem Verlust der Familienrechte, wann jemand aufhört, ein Mitglied einer Familie zu seyn, und die davon abhängende Rechte verliert. Die größte oder mittlere Capitisdeminution wird ein bürgerlicher Tod genennt, weil einer, der sie leidet, aufhört, eine Person im Staate zu seyn.

§ 189. Von der größten Capitisdeminution.

Die größte Capitisdeminution leiden also die, welche in die Sklaverey fallen. Dies konnte bey den Römern geschehen a) durch die Kriegsgefangenschaft; b) wann sich einer, um den Käufer zu betriegen, als Sklaven verkaufen ließ; c) wann sich ein Freygelassener undankbar gegen seinen Patron bezeugte; d) wann einer ein Verbrechen begieng, worauf die Todesstrafe stand. Oben im 68ten §. ist dies weiter erklärt.

§. 190. Von den mittleren.

Die mittlere Capitisdeminution leiden 1) die, welche ins Exilium geschickt wurden. Von Augusts Zeiten an brachte man die Exilirten auf gewisse Inseln, sie hießen daher *deportati*. (* 1) 2) Die transfugae, oder Bürger, welche aus feindseligen verrätherischen Absichten ihr Vaterland verließen. 3) Bürger, welche für Feinde des Staates erklärt wurden. Hingegen die bloße Relegation war keine Capitisdeminution. Ein relegatus verlohr das Recht, sich in Rom oder in einer gewissen Provinz aufzuhalten, er behielt aber sein Bürgerrecht.

(1) *Herm. Cannegieser* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 8. 9.

§. 191. Von den geringsten.

Endlich die geringste Capitisdeminution leidet einer, 1) der sich arrogiren läßt. Denn er hört auf, ein pater familias zu seyn, geht aus der Familie, zu der er vorher gehörte, und kommt in eine andere, in des Arrogators seine. Aber auch 2) wann sich mein Vater arrogiren läßt, so leide ich eine Capitisdeminution. Dann ich gehöre nun auch nicht mehr zu der Familie, deren Mitglied ich zuvor war, und habe also in ihr die Familienrechte nicht mehr. 3) Die Adoptirten leiden eine Capitisdeminution, und zwar nach altem römischen Recht ohne Unterschied, nach Justinianeischen Gesetzen aber nur die vollkommen adoptirte. 4) Die Legitimirte, denn sie hören auf sui iuris zu seyn. 5) Die Emancipirte, da sie ebenfalls Familienrechte, das ius agnationis und sui heredis verliehren. Es fragt sich nur a) gilt dieses blos bey der alten Emancipation, und fällt es bey der Anastasianischen und Justinianeischen weg? b) Kann man nach dem neuesten römischen Recht, nach dem Recht der Novellen die Emancipation noch als eine Capitisdeminution betrachten? Die erste Frage bejahet Huber (* 1) und Franzkius. (* 2)

Aber

Aber Vinnius (*3) behauptet mit Recht das Gegentheil, daß nemlich auch die Anastasianische und Justinianeische Emancipation eine Capitisdeminution involvirt habe. Die zweyte Frage ist ebenfalls streitig. Unser Autor sagt mit andern, nach dem Recht der Novellen verliehren die Emancipirte keine Familienrechte mehr, also leiden sie auch keine Capitisdeminution. Aber Cocceji (*4) Schulting (*5) Heimburg (*6) und Conradi (*7) antworten darauf ganz richtig, die Emancipirte verliehren das ius sui heredis; (§. 538.) und wenn sie im Testamente des Vaters übergangen werden, so können sie es nicht als null impugniren, (§. 529.) sie leiden also allerdings noch eine Art von Capitisdeminution.

(1) Digress. lib. 3. cap. 6. §. 3. sqq.
(2) Exercit. 3. Q. 3.
(3) h. t. §. 3.
(4) Ius controv. tit. de cap. demin. Qu. 2.
(5) Ad tit. pand. de adopt. §. 19.
(6) Difficillima emancipat. capita §. 37.
(7) De minima cap. deminut. in parerg. lib. 2. p. 193.

§. 192. Deutsches Recht.

Die größte Capitisdeminution fällt bey uns weg. Dann ob wir gleich Sklaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden, so giebt es doch keinen Fall, wo ein freyer Mensch bey uns zum Sklaven würde. Gesetzt auch, jemand fiele in die türkische, oder algierische Sklaverey: so sehen wir doch diese Sklaverey nicht für rechtmäsig, und ihn nicht als einen Sklaven an. Eine Art von mittlerer Capitisdeminution aber haben wir noch. Dahin gehört 1) die Reichsacht, proscriptio, bannum imperii. Durch sie wird ein abwesender Verbrecher aller seiner Rechte, die er als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft hatte, seiner Ehren, Aemter, Güter, Lehen, und des Schutzes für seine Person verlustig erklärt. Indessen ist sie härter, als die Capitisdeminution, dann ein solcher Geächteter ist vogelfrey; jedermann kann ihn ungestraft tödten; diese Folge hatte die mittlere Capitisdeminution bey den Römern nicht. Eine Aehnlichkeit mit der mittleren Capitisdeminution hat auch 2) die Landesverweisung durch Staupenschlag, und 3) die Verurtheilung auf die Galeeren, wann sie mit Confiscation des Vermögens verbunden sind. Doch gehen sie auch von der römischen mittlern Capitisdeminution in ihren Wirkungen ab, weil die Fremden heutigestages mehr Rechte haben, als bey den Römern; (§. 91.) folglich die Beraubung des Bürgerrechtes weniger schädlich ist. Die geringste Capitisdeminution findet bey uns noch völlig so, wie im neuern römischen Recht statt.

TIT. XVII.

De legitima patronorum tutela.

§. 193. Was ist die gesetzliche Vormundschaft der Patronen.

Wann ich einen Sklaven frey lasse, so heisse ich sein Patron. War dieser Sklave noch unmündig, so mußte ich über ihn die Vormundschaft übernehmen, und diese hieß *legitima patronorum tutela.*

TIT. XVIII.

De legitima parentum tutela.

§. 194. Was ist die gesetzliche Vormundschaft der Eltern.

Wer ein unmündiges Kind oder Enkel emancipiret, muß die Vormundschaft über es führen. Dann er wurde nach dem alten römischen Rechte als Patron, und das Kind oder Enkel als Freygelassener angesehen. Dieß ist die *legitima parentum tutela.*

Also der Vater und Grosvater führten diese Tutel nicht als nächste Agnaten, dann das ius agnationis gieng durch die Emancipation verlohren, sondern als Patronen. Nachdem Justinian aber den Cognaten auch ein Erbrecht gegeben, und verordnet hat, daß die Emancipation das Erbrecht nicht aufheben soll, so wird der Vater und Grosvater Vormund über das emancipirte Kind als nächster Verwandter.

§. 195. Heutiger Gebrauch.

Heutigestages wird sich der Fall schwerlich zutragen, daß ein Vater sein unmündiges Kind emancipirt. Gesetzt aber, daß er sich zutrüge, so würde der Vater so gut, wie bey den Römern Vormund über das Kind werden (* 1).

(1) *Stryk* us. mod. Pand. tit. de legit. tut. §. 3.

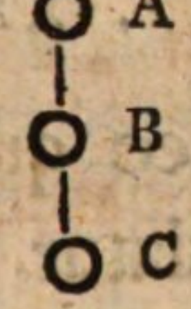
TIT.

TIT. XIX.

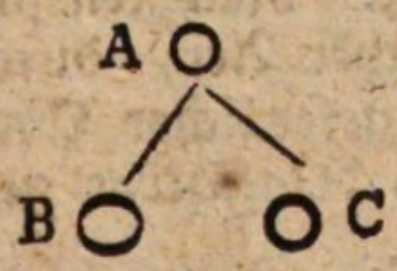
De fiduciaria tutela.

§. 196. Erklärung der fiduciarischen Tutel.

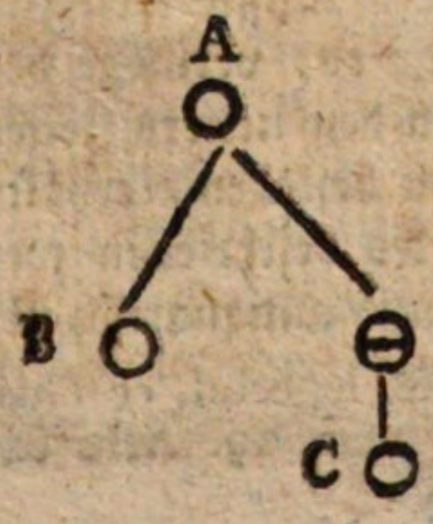
Wenn der Vater oder Grosvater die Tutel über seine emancipirte unmündige Kinder oder Enkel geführt hat, aber vor deren Beendigung gestorben ist: so müssen seine grosjährige Söhne sie fortsetzen, und darin besteht die *fiduciaria tutela*. Sie kann also 1) vom Vater, 2) vom Bruder und 3) vom Oheim geführt werden. **Vom Vater**; man denke sich diesen Fall:



A hat seinen Sohn B in seiner Gewalt behalten, seinen Enkel C aber emancipirt, und die Vormundschaft über ihn geführt. Ehe der Enkel mündig wird, stirbt der Grosvater. Jetzt muß B über seinen Sohn C die fiduciarische Tutel übernehmen. **Vom Bruder.**



A hat 2 Söhne B und C; der letzte ist unmündig. A emancipirt den unmündigen Sohn, und wird sein Vormund, stirbt aber vor geendigter Tutel. Hier übernimmt der Bruder B, wann er anders majorenn ist, die fiduciarische Vormundschaft. **Endlich vom Oheim.**



A emancipirt den unmündigen Enkel C, und wird Vormund über ihn, geht aber während der Vormundschaft mit Tode ab. In diesem Fall wird der Oheim des Unmündigen, der B, fiduciarischer Tutor. Nach dem neuen römischen Recht bekommen zwar der Vater, Bruder und Oheim in den angeführten Fällen die Vormundschaft, aber nicht als Söhne des emancipirenden Vaters und Patrons, sondern als die nächste Verwandte; und so ist es auch heutigestages, wiewohl sich der Fall, daß jemand ein unmündiges Kind emancipirt, schwerlich ereignen wird, wie ich schon bey dem vorigen Titel bemerkt habe.

TIT. XX.

De Attiliano tutore & eo qui ex lege Iulia & Titia datur.

§. 197. Erklärung der Dativ-Tutel.

Die Tutel ist entweder testamentarische, oder gesetzliche, oder dative, das heist, von der Obrigkeit bestellte. Von der letzten wird im gegenwärtigen Titel gehandelt. Nach römischem Recht war die Bestellung eines Vormundes ein feyerlicher Act, durch welchen, im Fall, wo kein testamentarischer oder gesetzlicher Vormund vorhanden war, ein Vormund von demjenigen Magistrat gegeben wurde, den die Gesetze dazu autorisirt hatten.

§. 198. Welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben?

Also nur die Magistratspersonen komten einen Vormund geben, welche von den Gesetzen dazu berechtigt worden waren. Dergleichen waren, vermöge des Attilischen Gesetzes, in Rom der Prätor Urbanus. Doch konnte er es nicht für sich thun, sondern mußte wenigstens sechs Volkstribunen dazu ziehen. In den Provinzen war es, vermöge der legis Iuliae et Titiae, der Präses oder Gouverneur. In den neuern Zeiten haben noch mehrere Obrigkeiten das Recht Vormünder zu bestellen, erhalten, welche in dem §. 4. und 5. §. des Justinianeischen Textes beschrieben werden, die ich aber übergehe, weil die Sache blos historisch und antiquarisch ist (*1).

(1) *Marche* diss. de tutoribus ex lege Iul. et Titia datis, Lipsi. 1736. in *Fellenberg* iurispr. antiq. tom. 2. num. 19. *Reiz* excurs. XII. ad Theoph.

§. 199.

§. 199. In welchen Fällen tritt die Dativ-Tutel ein?

Die Dativtutel ist blos subsidiarisch. Sie hat also nur statt 1) wann gar kein testamentarischer oder gesetzlicher Vormund vorhanden ist; 2) wann der testamentarische Vormund wegen eines Hindernisses die Tutel nicht sogleich antreten kann; (§. 179.) 3) wann der testamentarische Vormund durch Mitwirkung der Obrigkeit wegfällt, das heist, sich excusirt oder removirt wird.

§. 200. Wie bestellt die Obrigkeit den Vormund?

Die Obrigkeit konnte 1) keinen Vormund ernennen, daß er erst nach einer gewissen Zeit sein Amt antreten sollte; (ex die), oder, daß er 2) nur eine gewisse Zeitlang Vormund seyn sollte; (in diem) den Fall ausgenommen, wann der testamentarische Vormund verhindert wurde, sogleich sein Amt anzutreten. Dann in diesem Fall konnte der Magistratus einen Vormund geben, der so lange, bis das Hinderniß wegfiel, die Tutel führte. 3) Die Obrigkeit kann auch keinen Vormund unter einer Bedingung geben; ausgenommen, wann der Vater im Testament einen Vormund bedingter Weise bestellt hat, und man noch nicht weiß, ob diese Bedingung zur Erfüllung kommen wird. Denn in diesem Fall bestellt der Richter einsweilen einen andern, der also nur bis zur Erfüllung jener Bedingung, und folglich wirklich auch bedingter Weise (sub conditione resolutiva) bestellt ist.

Der Grund dieser Regeln ist nach der gemeinen Meynung der, daß die tutoris datio ein *actus legitimus*, eine feyerliche Handlung gewesen sey, dergleichen Handlungen aber die Beyfügung einer Zeit und Bedingung nicht vertrügen. Allein ich halte dieß für irrig, man s. die am Ende angehängte Abhandlung von den legis actionibus und actibus legitimis. Die Ursache liegt vielmehr in dem Wesen der Tutel. Eine Vormundschaft, wann sie beträchtlich ist, erfordert Kenntnisse, die man sich erst durch Erfahrung erwirbt, und zwar nicht allein allgemeine ökonomische Kenntnisse, sondern auch oft besondere, die sich auf das Vermögen dieses Pupillen beziehen. Ein neuer Vormund muß, und zwar oft mit dem Schaden des Pupillen lernen, was der vorige schon wußte. Daher muß die Obrigkeit Veränderungen mit der Person des Vormundes vermeiden, so lang die Noth dergleichen nicht erfordert. Es würde aber Veränderungen geben, wann man einen Vormund in diem, ex die, oder unter einer Bedingung bestellen wollte. Bey den Römern trat noch hinzu, daß die Jurisdictionsbezirke ihrer Magistratspersonen sehr weitläuftig waren, und sich um das Vormundswesen und die einzelne Vormundschaften so genau nicht bekümmern konnte, als bey uns. Desto

mehr Ursache hatte er, die Vormünder so zu bestellen, daß sie ihr Amt behalten konnten und mußten, bis der Pupill mündig war.

§. 201. Deutsches Recht.

Heutigestages ist 1) das Recht Vormünder zu bestellen, ein Ausfluß der ordentlichen Jurisdiction; das heist, jeder, wer Jurisdiction hat, kann Vormünder bestellen; wann nicht etwa in einem Land ein besonderes Waysengericht, oder Vormundschaftsamt bestellt ist. Cocceji (*1) leugnet zwar, daß die Vormundschaftsbestellung heutigestages eine Folge der Jurisdiction sey, aber ohne allen Grund. 2) Kann die Obrigkeit den testamentarischen und gesetzlichen Tutor, wann er sich um die Bestätigung meldet, übergehen, und einen Dativtutor bestellen. Nur müssen dazu wichtige Ursachen vorhanden seyn; sonst kann der verworfene testamentarische und gesetzliche Vormund im Wege Rechtens Klage führen. 3) Auch noch heutigestages wird die Obrigkeit keinen Vormund auf eine Zeit, nach einer Zeit, oder unter einer Bedingung bestellen; es wären dann dringende Ursachen vorhanden. Dann die Raison dieser Verordnung schlägt bey uns so gut als zu der Römer Zeiten an.

(1) Ius controv. lib. 26. Tit. 5. Qu. 2.

TIT. XXI.

De auctoritate tutorum.

§. 202. Pflichten des Vormundes bey Uebernehmung seines Amtes.

Der Vormund hat Pflichten zu beobachten bey Uebernehmung der Vormundschaft, und Pflichten bey deren Führung. Bey der Uebernehmung muß er sich 1) beeidigen lassen. Die Nov. 72. cap. ult. schreibt dieses zwar nur bey den Curatoren der Minderjährigen vor; aber die Polizeyordnung vom Jahr 1548. und 1577. verordnen es auch bey den Tutoren. Dieser Eyd gehet dahin: der Vormund wolle seinen Pflegkindern treulich und ehrlich vorstehen; die Güter nicht in seinen eignen Nutzen verwenden, und ohne Vorwissen der Obrigkeit nicht veräussern, oder verpfänden; jährlich Rechnung ablegen; kurz alles thun, was einem getreuen Vormunde zukommt. An manchen Orten wird statt des Eides dem Vormunde nur ein Handgelöbniß abgenommen. 2) Muß der Vormund Caution leisten, daß er gut haushalten,

Haushalten, und dem Pflegbefohlnen sein Vermögen dereinst ungeschmälert zurückgeben wolle. Von dieser Cautionsleistung waren nach römischem Rechte die testamentarische Vormünder frey, deßgleichen die, welche ein höherer Magistratus, nach vorhergegangener Untersuchung ihrer Tüchtigkeit, gegeben hatte. Aber in Deutschland sollen nach den Polizeyordnungen alle Vormünder Caution leisten. Man sehe den 24. Titel dieses Buches. Ist die Beeidigung und Cautionsleistung geschehen, so bekommt der Vormund ein obrigkeitliches Zeugniß über seine Vormundsbestellung. Nun muß er ein **Inventarium** über das Vermögen des Pupillen errichten lassen, das heist ein Verzeichniß aller beweglichen und unbeweglichen Güter, Capitalien, Rechte, Passivschulden ꝛc. und zwar ein solches, das öffentliches Ansehen hat; das also entweder von einem gerichtlichen Actuarius, oder einem Notarius mit Zuziehung zweyer Zeugen errichtet ist (* 1). Dann dieses ist die Grundlage der vormundschaftlichen Rechnungen; ohne Inventarium weiß man nicht, was der Vormund zur Einnahme zu bringen hat.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Th. 188. S.

§. 203. Vormundspflichten nach übernommener Tutel, in Ansehung des Pupillen Person.

Nach übernommener Vormundschaft muß der Vormund 1) für die **Person** des Pupillen sorgen; 2) dessen **Vermögen** gehörig verwalten. Die Sorge für die Person faßt zwey Stücke in sich, a) daß er dem Pupillen die nöthige Alimente, Essen, Trinken, Kleidung reiche; b) seine Sitten bilde, und ihn c) eine nützliche Profession, Kunst oder Wissenschaft lernen lasse.

§. 204. In Rücksicht auf das Vermögen.

Die Verwaltung des Vermögens besteht in dessen kluger **Erhaltung**, und wann es möglich ist, **Vermehrung**. Um diese Zwecke zu erreichen, muß der Vormund 1) die Einkünfte des Pupillen fleisig eintreiben, und sorgen, daß der Pupill allen Nutzen von seinem Vermögen ziehe, der sich davon ziehen läßt. 2) Er muß die Processe des Pupillen führen; nemlich solche, worin dieser nicht offenbar Unrecht hat. 3) Wo es nöthig oder nützlich ist, Güterstücke des Pupillen veräussern; doch darf er liegende Güter nur **aus Noth**, nicht des blosen Nutzens wegen veräussern; L. 5. §. 14. D. de reb. eor. und diese Verordnung wird billig, wo sie nicht durch Provinzialgesetze aufgehoben ist, noch heutzutage befolgt (* 1). 4) Soll er das Geld des Pupillen nicht müssig liegen lassen. Nach der Nov. 72. cap. 6. soll er nur so viel auslehnen, daß man den Pupillen von den Zinsen erhalten kann. Allein in Deutschland haben wir in diesem Stücke das ältere römische Recht angenommen, vermöge dessen der Vormund alle entbehrliche Gelder auf

Zinsen auslehnen soll. Thut er dieses nicht, so muß er selbst die Zinsen davon bezahlen. 5) Die ausstehende Schulden hat er einzutreiben. Unterläßt er es, und die Schuldner werden insolvent, so muß er dafür haften. 6) Die Passivschulden des Pupillen hingegen hat er zu bezahlen, und endlich 7) Rechnung abzulegen; nach dem römischen Recht nicht eher, als nach geendigter Tutel, heutigestages aber alle Jahre.

(1) *Eyben* de decreto in alienandis minorum rebus necessario th. 24. in opusc. pag. 375. *Sande* de prohibita rerum alienatione. P. 1. cap. 1. §. 4. n. 63. in opp. pag. 9. et in decis. Fris. Lib. 2. Tit. 9. Def. 14. pag. 82. *Boehmer* consult. et Decis. Tom. 2. dec. 164. n. 5. *Leyser* sp. 344. Med. 1. Struben rechtl. Bed. 2. Band, Seite 387.

§. 205. Doppelte Art die Vormundspflichten zu erfüllen.

Der Vormund übt sein Amt entweder unmittelbar aus, wann er in eigner Person thut, was zum Nutzen des Pupillen geschehen muß; oder mittelbar, wann er den Pupillen handeln läßt, und dessen Handlungen durch seine Einwilligung bestätigt. So lange der Pupill noch ein Kind, das heist noch nicht sieben Jahre alt war, that der Vormund alles selbst. Wann aber der Pflegbefohlne über die Jahre der Kindheit hinaus war: so ließ ihn der Vormund mehrentheils Geschäfte von Wichtigkeit schliessen, und ertheilte seine Einwilligung dazu. Durch diese Einwilligung ersetzte der Vormund den Mangel der Ueberlegung und Einsicht, (lubricum aetatis) welche bey dem Pflegbefohlnen wegen seiner Jugend statt fand.

§. 206. Was ist die auctoritas tutoris?

Die Einwilligung des Vormundes (auctoritas tutoris) war also die Handlung, wodurch der Vormund ein Geschäfte, das der Pupill nach zurückgelegten Kinderjahren unternahm, und wodurch demselben eine Verbindlichkeit aufgelegt wurde, bestätigte. Unser Autor glaubt, diese Einwilligung sey bey den Römern eine feyerliche Handlung gewesen, und dieses haben schon vor ihm Hottomann (* 1) Peter Faber (* 2) Sande (* 3) und andere behauptet. Aber Cuiaz (* 4) leugnet es, und mir dünkt nicht ohne Grund. Dann die auctoritas tutoris wird in keinem Gesetz unter die feyerliche Handlungen gerechnet, und die ganze Hypothese ist, wie ich sogleich zeigen will, unnöthig und unstatthaft.

(1) Quaest illustr. 34. pag. m. 271. et 296.
(2) Semestr. lib. 2. cap. 24. pag. 369.
(3) Ad leg. 77. de reg. iur. in opusc. pag. 63.
(4) Obs. lib. 15. cap. 16.

§. 207.

§. 207. Fortsetzung.

Die auctoritas tutoris mußte 1) sogleich nach der Schließung des Geschäftes interponirt werden. Dann wenn der Tutor Anstand dabey findet, so bleibt das Geschäft in den Grenzen blosser Tractaten stehen, und wenn der Tutor erst nach Monaten oder Jahren einwilliget, so kann der andere Contrahent mit Recht einwenden: ich habe mich seitdem anders besonnen; wäre der Vormund mit dem Handel zufrieden gewesen, so hätte er es in Zeiten sagen sollen. Nimmt indessen der andere Contrahent die nach einiger Zeit erst ertheilte Einwilligung des Vormundes an, so ist ohne Zweifel der Handel gültig. Der Tutor muß gegenwärtig seyn, und darf seine Einwilligung nicht durch einen Brief oder Bothen ertheilen; dann auf diese Art kann er alles mit eigenen Augen sehen, und besser versichert seyn, daß der Pupill nicht vervortheilt worden ist. 3) Muß er die Einwilligung ohne Bedingung geben. Dann wann der Pupill das Geschäfte unbedingt geschlossen hat, so williget der andere Contrahent in keine Bedingung. Wann also der Tutor seine Auctorität nicht anderst, als unter einer Bedingung interponiren will: so ist ein Dissensus zwischen ihm und dem andern Contrahenten; es kann also natürlicher Weise das Geschäft nicht zu Stande kommen. Hat der Pupill unter einer Bedingung contrahirt, und der Vormund williget unter dieser Bedingung ein, oder der Contrahent läßt sich die vom Vormund erst nachher beygefügte Bedingung gefallen: so hat die Sache keinen Anstand, und das Geschäft ist gültig. Hieraus siehet man, daß die Verordnungen des römischen Rechts, auctoritas tutoris interponi debet statim, pure, a tutore praesente in der Sache selbst ihren Grund haben, und sich gar wohl erklären lassen, wenn man auch nicht annimmt, daß die auctoritas tutoris eine feyerliche Handlung gewesen sey.

§. 208. In welchen Fällen ist sie nöthig.

Die Auctorität des Vormundes ist nöthig, wenn der Pupill ein Geschäft unternehmen will, wodurch ihm eine Verbindlichkeit auferlegt wird. Dann die Regel ist: ein Pupill kann andern eine Verbindlichkeit auflegen, ohne daß der Tutor um seine Einwilligung gefragt wird; aber sich selbst kann der Pupill nicht verbindlich machen ohne des Vormundes Auctorität.

§. 209. Fortsetzung.

Ein Pupill kann daher ohne des Vormunds Auctorität sich etwas versprechen lassen, (stipulari;) eine Schenkung annehmen; sich eine Schuld remittiren lassen, kurz er kann etwas umsonst (titulo lucrativo) erwerben. Hingegen kann er nichts versprechen, verschenken, erlassen, übergeben, veräussern ohne des Vormundes Einwilligung. Auch keine Erbschaft kann er ohne dieselbe

be antreten. Dann wer eine Erbschaft antritt, ist verbunden alle Schulden zu bezahlen, wann sie auch das Vermögen übersteigen.

Die Anmerkung sagt, es giebt Fälle, wo der Pupill auch ohne des Vormundes Einwilligung verbunden wird; wann nemlich die Verbindlichkeit aus der Sache selbst (ex re) entsteht. Dahin gehört a) wann sie aus einem Verbrechen, oder b) aus der Billigkeit erwächst, weil jemand das Beste des Pupillen befördert hat, und es daher billig ist, daß ihn der Pupill entschädige. Wenn mich also der Pupill bestohlen, mir meine Sachen verdorben hat u. dgl. so kann ich aus seinem Vermögen meine Schadensersetzung fordern; obgleich der Vormund in die unerlaubte Handlung des Pupillen nicht gewilliget hat. Desgleichen wenn jemand während der Abwesenheit des Vormundes ohne dessen Auftrag sich des Pupillen angenommen, und dringende Auslagen für ihn gethan hätte, so würde der Pupill zur Entschädigung verbunden seyn. Oder wenn der Pupill ein Haus gemeinschaftlich mit einem Majorennen hätte, und dieser nöthige Reparaturen darinn machte, so würde der Pupill die Kosten zu seinem Antheil ersetzen müssen. 2) Wann der Pupill ohne des Tutors Einwilligung einen Contract schließt: so hinkt derselbe, er hat einen lahmen und einen gesunden Fuß; auf der Seite des Pupillen ist er ungültig, auf des andern Contrahenten Seite aber gültig; das heißt deutlich: wann der Pupill den Contract halten will, weil es ihm vortheilhaft ist, so muß ihn auch der Gegentheil halten. Wann aber der Pupill den Contract nicht halten will: so kann er dazu nicht gezwungen werden. S. die 8. Tabelle.

§. 210. Was ist Rechtens, wann der Vormund eingewilliget hat?

Wie aber, wenn der Tutor in ein Geschäft des Pupillen eingewilliget hat? Jetzt ist der Pupill verbunden, und kann aus dem Geschäft belangt werden. Nur ist zu bemerken, 1) daß der Pupill sich kann in integrum restituiren lassen, wann er Schaden gelitten hat. Nemlich man nehme an, der Pupill hat mit des Vormundes Einwilligung, oder der Vormund allein hat im Namen des Pupillen ein Geschäft geschlossen. Nun zeigt sichs, daß es dem Pupillen schädlich ist. In diesem Fall kann der Pupill das Geschäft vom Richter umstossen, aufheben lassen, oder wie die Juristen reden, restitutionem in integrum dagegen suchen. 2) Wann der Tutor etwas von den Gütern des Pupillen veräussern will, so ist nöthig, daß er es der Obrigkeit anzeige, daß diese die Sache untersuche, und die Veräusserung erlaube, ein *decretum alienandi*, wie es heißt, ertheile. Die Ausnahmen dieses Satzes werden im siebenden Titel des zweyten Buches vorkommen.

§. 211. Ungültigkeit der Geschäfte des Tutor mit den Pupillen.

Der Tutor darf mit dem Pupillen keinen Handel schließen; der Tutor soll nur durch seine Einwilligung das, was dem Pupillen an Fähigkeit

und

und Vorsicht abgeht, ersetzen; Tutor und Pupill werden daher als Eine Person angesehen, und niemand kann mit sich selbst einen Handel treffen. Aber man kann noch eine viel simplere, und nähere Raison angeben. Wann der Tutor mit dem Pupillen Verträge und Geschäfte schließen dürfte; so wäre der Pupill in der größten Gefahr vervortheilt zu werden, weil der Tutor wahrscheinlich mehr auf seinen als auf des Pupillen Nutzen sehen würde.

§. 212. Fortsetzung.

Der Vormund darf also dem Pupillen nichts abkaufen. Diese Handlung ist in den Gesetzen streng verboten. Der Vormund muß die gekaufte Sache unentgeltlich wieder herausgeben, und noch dazu den vierfachen Werth bezahlen. L. 46. D. de contrah. emt. Wann der Kauf gelten soll, so muß er, wie die Gesetze sagen, a) *bona fide*, b) um billigen Preiß, und c) öffentlich geschehen. Der Vormund muß die Obrigkeit um Erlaubniß bitten, die nächste Verwandte davon benachrichtigen, oder in einer öffentlichen Versteigerung kaufen. 2) Wann der Tutor mit dem Pupillen in Proceß geräth: so wird zur Führung desselben dem Pupillen ein Beystand gegeben, welcher *curator in litem* heißt.

Die Anmerkung sagt: der Fall, daß der Pupill während der Vormundschaft mit dem Tutor Proceß führt, ist selten. Dann wann ich zum Vormund über einen Unmündigen bestellt werde, an welchen ich eine Forderung habe, oder welcher eine an mich hat: so muß ich dieselbe der Obrigkeit anzeigen, damit die Sache untersucht und ins reine gebracht werde. Unterlasse ich, diese Anzeige zu thun, und bin ein Glaubiger, so verliehre ich meine Forderung; hingegen, wann ich Schuldner bin, meine Exceptionen, die ich gegen die Schuld hätte anführen können. Einige Rechtsgelehrte wollen bey dem testamentarischen Tutor eine Ausnahme machen, aber ohne Grund. (* 1)

(1) Struben rechtl. Bed. T. 5. p. 14.

§. 213. Deutsches Recht.

1) Heutiges Tages muß ein testamentarischer und gesetzlicher Vormund vor allen Dingen um die obrigkeitliche Bestätigung bitten. Wann er diese erlangt hat, eher aber nicht, darf er sich der Administration unterziehen, ausser in Sachen, die keinen Aufschub leiden. 2) Die Einwilligung des Vormundes ist bey uns kein actus legitimus; daß aber deswegen die Verordnung des römischen Rechtes: auctoritas tutoris interponenda est statim, pure, a tutore praesente heutiges Tages wegfalle, glaube ich nicht. Dann ich glaube nicht, daß sie aus dem Begriff eines actus legitimi geflossen ist. (* 1) Indessen wird die Frage selten vorkommen. Dann 3) der Unterschied zwischen

einem

einem Pupillen, der noch ein Kind ist, und dem, welcher die Kinderjahre zurückgelegt hat, wird in Deutschland selten beobachtet. Unsere Vormünder verrichten alle vormundschaftliche Geschäfte selbst, und nehmen den Pupillen, wann er gleich kein Kind mehr ist, fast nie dazu. Dies thun auch die curatores der Minderjährigen. Sie ziehen den Minderjährigen alsdann nur zu den Geschäften, wann er der Großjährigkeit nahe ist, und die Curatoren wünschen, daß er von den Geschäften und dem Zustand seines Vermögens Kenntniß bekomme.

(1) Man s. *Lauterbach* coll. t. h. pr. Lib. 16. Tit. 8. §. 8. und Cramers N. St. 73. Th. 160. Seite.

Tit. XXII.

Quibus modis tutela finitur.

§. 214. Allgemeiner Grundsatz in dieser Lehre.

Der Endzweck der Tutel ist, daß der Pupill erzogen, und sein Vermögen ordentlich verwaltet werde. Sobald also diese Erziehung und Administration unmöglich, oder unnöthig wird, so hört die Tutel auf.

§. 215. Folgen daraus.

Sie hört also 1) auf, wann der **Vormund** oder der **Pupill** stirbt. Aber können die Erben des verstorbenen Vormundes die Tutel nicht fortsetzen? Nein, denn der Vater und die Obrigkeit, wenn sie einen Vormund ernennen, sehen auf seine persönliche Eigenschaften, und geben ihm um deren willen die Vormundschaft. Diese aber gehen nicht auf die Erben über. Auch die Gesetze, welche den nächsten Verwandten die Vormundschaft übertragen, glauben, daß er aus Liebe zum Pupillen sie am besten führen werde, und als Erbe desselben vorzüglich zur Uebernahme dieser Last verbunden sey. Beyde Gründe passen aber nicht auf den Erben des gesetzlichen Tutors. Wann diese Erben auch Verwandte des Pupillen, und jetzt die nächste Verwandte sind: so kommen sie zur Tutel, aber nicht **als Erben des verstorbenen Vormundes, sondern als die nächste Verwandte.**

§. 216. Fortsetzung.

Die Tutel hört 2) auf, wenn der Pupill irgend eine; der Vormund aber die größte oder mittlere **Capitisdeminution** leidet. Dann wenn der Pupill die Freyheit verliehret, ins Exilium geschickt wird, oder in die väterliche Gewalt

Gewalt kommt, so bedarf er keines Vormundes mehr. Und wann der Vormund Freyheit oder Bürgerrecht verliert, so kann er die Vormundschaft nicht mehr führen. Die geringste Capitisdeminution des Vormundes hingegen macht der Tutel kein Ende. Dann wann der Tutor diese leidet, so kommt er entweder in die väterliche Gewalt, oder wird emancipirt. Weder das eine aber, noch das andere macht ihn unfähig, die Tutel fortzuführen.

§. 217. Fortsetzung.

Der dritte Umstand, wodurch die Tutel geendiget wird, ist die **Mündigkeit des Pflegbefohlnen.** Vormals wurde zwischen den verschiedenen juristischen Secten, zwischen den Proculejanern und Cassianern gestritten, ob man die Mündigkeit aus den Jahren, oder aus der Beschaffenheit des Cörpers beurtheilen sollte. Die Proculejaner wollten auf die Jahre, die Cassianer aber auf den Cörper, auf die Fähigkeit das Geschlecht fortzupflanzen, Rücksicht genommen haben. Sie verlangten daher, daß man die Geburtstheile besichtigen sollte, wenn man wissen wollte, ob ein Mensch mannbar und mündig sey. (*1) **Priscus**, wie Ulpian (*2) sagt, (man weiß nicht, ob Neratius Priscus oder Javolenus Priscus) behauptete, man müsse beydes zugleich in Betrachtung ziehen. Justinian billigte die Lehre der Proculejaner und setzte fest, daß eine Mannsperson im 14ten, eine Weibsperson aber im 12ten Jahre mündig werden sollte. Doch giebt es Fälle, wo zur Mündigkeit 18 Jahre bey den Mannspersonen, und 14 bey den Weibspersonen erforderlich sind. Dahin gehört 1) wann jemand adoptiren will. (§. 146.) 2) Wann einer Weibsperson die Alimente bis zur erlangten Mündigkeit vermacht sind. Dann in diesem Fall bekommt sie eine Mannsperson bis sie das 18te, eine Weibsperson bis sie das 14te Jahr zurückgelegt hat.

(1) *Bynkershoek* Lib. 3. obs. 24. *Ianus Sylva* de Iustiniano et Triboniano, deque iis quae ad finiendam pubertatem spectant. Ticin. 1782.
(2) Fragm. tit. 11. §. 28.

§. 218. Fortsetzung.

Ein testamentarischer Tutor kann auf gewisse Zeit, und bis zur Existenz einer gewissen Bedingung bestellt werden. Wann dies geschehen ist, und die bestimmte Zeit ist verflossen, oder die Bedingung existirt, so hat sein Amt ein Ende. Auch wann die Obrigkeit einen Interimstutor gegeben hat, (§. 179.) so hört sein Amt auf, sobald der testamentarische das seinige antritt.

§. 219. Fortsetzung.

Ferner kann auch die Tutel durch die **Excusation** und **Remotion** des Vormundes ein Ende nehmen. Wir werden von jener im 25. von dieser im

26. Titel dieses Buches Nachricht erhalten. Endlich die Tutel der Mutter und Grosmutter hört auf, sobald sie zur zweyten Ehe schreiten. (§. 169.)

§. 220. Von der Rechnungsablage.

Der Vormund verwaltet des Pupillen Vermögen. Nun muß aber jeder Verwalter fremder Güter Rechnung ablegen, folglich auch der Vormund. Dies geschah bey den Römern nicht eher, als wenn die Tutel geendiget wurde. Kam der Vormund seiner Verbindlichkeit nicht nach, und legte gar keine Rechnung ab: so wurde *actio tutelae* angestellt. Wann er hingegen unrichtige Rechnung ablegte, etwas von dem Vermögen des Pupillen unterschlug, mehr in die Ausgabe, und weniger in die Einnahme brachte, als er sollte: so wurde er *actione de rationibus distrahendis* belangt, daß er die Rechnung berichtigen, und doppelt ersetzen sollte, was er hatte unterschlagen wollen. (* 1)

(1) Von dem Namen dieser Klage s. *Bynkershoek* obs. lib. 6. cap. 8. *Voorda* elector. cap. 16.

§. 221. Deutsches Recht.

Von dem heutigen Gebrauch dieses Titels ist zu bemerken: 1) die Vormundschaft wird in Deutschland durch die Mündigkeit nicht geendiget. Dann wir machen keinen Unterschied zwischen der Tutel der Unmündigen, und Curatel der Minderjährigen; wir nennen beyde, die Tutoren sowohl als Curatoren, Vormünder. Wann der Pflegbefohlne mündig wird, trägt sich keine Veränderung zu; der bisherige Vormund führt sein Amt fort, nach wie vor; alles bleibt in seiner vorigen Fassung, in seinem vorigen Gange. 2) Die Vormundsrechnung soll nach der Reichspoliceyordnung alle Jahr abgelegt werden. Nur in dem Falle, wann das Vermögen sehr gering ist, läßt man, um die Kosten zu sparen, die Rechnung einiger Jahre zusammenkommen. 3) Legt der Vormund keine Rechnung ab, so hält ihn die Obrigkeit von Amtswegen dazu an, und es ist keine actio tutelae nöthig. Ist die Obrigkeit in Erfüllung ihrer Pflicht saumselig, so können die Verwandte des Pflegbefohlnen Vorstellung thun. 4) Die actio de rationibus distrahendis kann nicht auf den doppelten Ersatz angestellt werden. Wann indessen der Vormund betrüglich gehandelt hat: so kann ihn die Obrigkeit zur Strafe ziehen.

TIT. XXIII.

De Curatoribus.

§. 222. Was ist cura, curatio, procuratio?

Cura, curatio, curatela, procuratio im allgemeinen Verstande ist jede Besorgung fremder Geschäffte, jede Verwaltung fremder Güter. Sie ist zweyerley, entweder hat mir der Eigenthümer, der, welchen das Geschäfte angehet, die Verwaltung und Besorgung übertragen, oder nicht; sondern ich bin vom Gesetzgeber, von der Obrigkeit dazu bestellt. Im ersten Fall ist eine *procuratio* im eigentlichen Verstande, im zweyten *cura*, *curatio*, *curatela* in engerer Bedeutung vorhanden. Diese letztere ist entweder mit einer Aufsicht über eine Person verbunden, oder nicht. Jene heist *cura mixta*, diese *cura realis*. Blose Realcuratelen sind die cura absentis, cura ventris, cura massae, und cura litis. Wann nemlich jemand abwesend ist, man von seinem Aufenhalt keine Nachricht hat, und er Vermögen besitzt, das administrirt werden muß: so wird dazu ein Pfleger bestellt, welcher curator absentis heist. Stirbt jemand, und hinterläßt eine schwangere Wittwe, hat aber im Testament nicht das noch ungebohrne Kind, sondern einen andern zum Erben ernennt: so wird die Wittwe in den Besitz des Vermögens eingesetzt, und ein Curator bestellt, der ihr die Alimente und alles nothwendige verabreicht. Dieser heist curator ventris. Ein curator massae wird bestellt, wenn jemand in Concurs fällt, um das vorhandene Vermögen so lange zu verwalten, bis die Vertheilung unter die Gläubiger geschehen kann. Endlich ein curator litis oder in litem wird einem Pupillen gegeben, wann er mit dem Vormund in Prozeß geräth. (§. 212.) Die Curatel, welche mit einer Aufsicht über die Person verbunden ist, wird entweder auf Verlangen der Person bestellt; oder ohne und zuweilen gegen ihr Verlangen. Von der ersten Art ist die Curatel kranker und taubstummer Personen. Sie erhalten nur einen Curator, wenn sie darum bitten (* 1). Auch die Curatel der Minderjährigen gehört nach römischem Recht hierher. Von der letzten Art hingegen ist die Curatel der Blödsinnigen, der Verschwender, heutigestages der Minderjährigen, und in Sachsen der Weibspersonen. S. die Tabelle 9. a.

Die Anmerkung zum §. sagt: die cura ist in Rücksicht auf ihr Fundament entweder die gesetzliche, (legitima), oder von der Obrigkeit gegebene (datiua). Unter einer gesetzlichen Curatel standen die Blödsinnige und Verschwender,

schwender, doch nur alsdann, wann sie freygebohren und nicht emancipirt waren. Hingegen der dativen waren die Blödsinnige und die Verschwender unterworfen, wann sie freygelassene oder emancipirt waren. Die Ursache dieser Distinction wird sich im 223. und 224. §. zeigen. Auch alle übrige vorhin benennte Gattungen der Curatel sind dativ. Eine testamentarische Curatel kennt das römische Recht nicht. Dann die Gesetze der 12 Tafeln erlauben dem Vater nur über die Tutel seiner Kinder zu disponiren, von Curatel sagen sie nichts. Wann indessen der Vater den Kindern einen Curator ernennt hatte, und sie einen haben wollten, so wurde der vom Vater ernennte von der Obrigkeit bestätigt.

(1) *Io. Luttringhausen* diss. de administratoribus a iuvenibus sanae quidem mentis, sed vitio corporis laborantibus electis atque a iudice confirmatis iure curatorum minorum non aestimandis Marb. 1765.

(2) Item *Rotgersii* diatr. ad L. 6, de confirm. tutor. in *Eiusd.* apodict. demonstrationibus, lib. 2. p. 692. sqq.

§. 223. Curatel der Blödsinnigen.

Die erste Art von Curatelen, die wir zu betrachten haben, ist die Curatel der **Wahnwitzigen und Blödsinnigen.** Schon die Gesetze der 12 Tafeln sagen in der 5ten Tafel: si furiosus aut prodigus existat, ast si custos nec escit, (das heist nach der richtigern Erklärung si pubes est furiosus, ideoque tutor ei non est), agnatorum gentiliumque in eo pecuniaue eius potestas esto. Man muß aber nicht glauben, wie die erste Anmerkung sagt, daß alle Blödsinnige ihre gesetzliche Curatoren gehabt hätten. Aus Ulpians Fragmenten (* 1) sieht man, daß nur die **Freygebohrne und von ihrem Vater nicht emancipirte** Blödsinnige dergleichen hatten. Die Ursache ist in dem angeführten Programm (* 2) zuerst gezeigt worden. Die Freygelassene hatten keine **Agnaten,** weil die Sklaven keine hatten; daher erbten auch die Freygelassenen einander nicht ab intestato. Da ferner die Emancipation das ius agnationis aufhob: so hatten die emancipirte Kinder auch **keine Agnaten.** Nach den Gesetzen der 12 Tafeln aber sollten doch die **Agnaten** die Curatoren des Blödsinnigen seyn. Daraus ist also klar, warum nur die Freygebohrne und nicht emancipirte Blödsinnige in den Gesetzen der 12 Tafeln gemeynt seyn konnten. Weil indessen andere Blödsinnige eben so sehr eines Curators bedurften, so gab ihnen der Prätor einen.

In der zweyten Anmerkung steht, nach dem alten römischen Recht waren die Agnaten und Gentilen *ipso iure* die Curatoren des blödsinnigen Verwandten; es war keine obrigkeitliche Untersuchung und Bestellung nöthig. Weil aber zuweilen die Verwandten einen Menschen für blödsinnig ausgaben, der es doch nicht war, und sich widerrechtlich der Curatel über ihn anmaßten:

maßten: so wurde verordnet, daß die Obrigkeit den Blödsinnigen einen Curator, nach vorhergegangener Untersuchung geben sollte. Die gesetzliche Curatel der nächsten Verwandten also war aufgehoben. Wann indessen diese zur Curatel tüchtig waren, so übergieng man sie nicht, sondern zog die Fremden vor.

(1) Bey Schulting in iurispr. ante iustin. p. 605.

(2) Mein progr. de L. Laetoria et cura minorum §. 2. Ich muß bey dieser Gelegenheit zwey Druckfehler in diesem Programm anmerken, welche den Sinn verdunkeln. S. 3. §. 2. Zeile 1. ist zu lesen *prodigis* de curatore prospexisse etc. und S. 20. muß es heissen (1) furiosos ingenuos nec emancipatione sui iuris factos, (2) *prodigos ingenuos nec emancipatos.* Praetor ergo etc.

§. 224. Curatel der Verschwender.

Auch die Verschwender sollen nach den Gesetzen der 12 Tafeln einen Curator bekommen, sobald ihnen der Prätor die eigene Verwaltung ihres Vermögens genommen hat, (bonis interdixit eis) wann nemlich ein Mensch mit seinem Vermögen so übel wirthschaftet, daß man voraus sieht, er werde sich an den Bettelstab bringen, so ist er nicht besser, als ein Wahnwitziger; die Obrigkeit ist also schuldig ihm die Administration des Vermögens zu nehmen, und sie einem Curator zu übertragen (* 1). So wie aber nicht alle Blödsinnige nach den Gesetzen der 12 Tafeln Curatoren erhielten, so auch nicht alle Verschwender. Nur die Freygebohrne, und nicht emancipirte erhielten dergleichen. Die Ursache ist dieselbe wie bey den Blödsinnigen. Die 12 Tafelngesetze gaben den Agnaten die Curatel; Freygelassene und Emancipirte aber hatten keine Agnaten. Der Prätor trat also auch hier ins Mittel, und gab den freygelassenen und emancipirten Verschwendern einen Curator.

(1) Was eigentlich erfordert wird, um einen Menschen gerichtlich für einen Verschwender zu erklären, untersucht *Leyser* sp. 349. med. 1. 2.

§. 225. Curatel der Minderjährigen.

Die dritte gesetzliche Curatel treffen wir bey den Minderjährigen an. Das Lätorische Gesetz, dessen Autor und Alter ungewiß sind, verordnet, daß man den stupiden und liederlichen Minderjährigen Curatoren geben solle. Wann ein Minderjähriger rasend, oder von der Obrigkeit für einen Verschwender erklärt war: so bekam er schon vor dem Lätorischen Gesetze einen Curator, sowohl wie ein majorenner Wahnwitziger oder Verschwender. Aber wenn er nur stupid, das heist von einem sehr stumpfen schwachen Verstande war, oder leichtsinnig oder unordentlich in seiner Wirthschaft; ohne doch ein förmlicher Verschwender zu seyn: so bekam er nach dem lätorischen Gesetze einen Pfleger.

Kayser Marcus Antoninus änderte dieses; indem er verordnete, daß jeder Minderjährige auf sein Verlangen einen Curator bekommen sollte. Vorher war es schimpflich einen Curator zu haben; dann man wurde dadurch in die Classe der stupiden und liederlichen Jünglinge versetzt. Dieses schimpfliche nahm Antonin von der Curatel weg. Ein Jüngling konnte nun um einen Curator bitten, ohne sich in den Verdacht eines schwachen Verstandes, oder einer schlechten Wirthschaft zu setzen.

§. 226. Die Minderjährige bekamen nur einen Curator, wann sie wollten.

Also ein Minderjähriger bekam keinen Curator gegen seinen Willen; sondern nur alsdann, wann er darum bat. Dieß ist wenigstens die richtigste Meinung. Verschiedene in der Note angeführte Juristen behaupten zwar das Gegentheil, und glauben ein Minderjähriger habe müssen um einen Curator bitten. Sie gründen sich hauptsächlich auf *L.* 33. § 1. *D. de administr. et peric. tut.* wo es heist: officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit; auf *L.* 5. §. 5. *D eod.* wo Ulpian sagt: sacris constitutionibus is, qui tutelam administrauit, iubetur, pupillum suum puberem factum admonere, ut sibi curatores petat, und auf *L.* 1. §. *ult. D. de minor.* wo gesagt wird: hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio committi debebit, quamuis bene rem suam gerentibus. Allein alle diese Stellen beweisen nichts, dann daß die Tutel aufhört, wann ein Curator bestellt ist, beweist nicht, daß der letzte nothwendig, auch gegen des Minderjährigen Willen bestellt werden müsse. Der Tutor mußte freylich den Pupillen erinnern, daß er um einen Curator bat; weil dieser dem Tutor die Rechnung abnahm. Sobald aber, als dieses geschehen war, hatte sein Amt ein Ende, wofern ihn nicht der Minderjährige behalten wollte. L. 1. §. ult. de minor. redet nicht von curatoribus *constituendis*, sondern constitutis. Wann der Minderjährige einmal einen Curator erbeten und bekommen hatte: so konnte er ihn nicht wieder abdanken, sondern mußte ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten. Dagegen haben wir die deutlichste Stellen für unsere Meinung. *L.* 13. §. *ult. D. de tut. et curat. dat.* sagt: minoribus *desiderantibus* curatores dari solent. In der *L.* 43. §. 3. *D. de curator.* heist es: is, qui curatorem praesenti petit, non aliter audietur nisi *adulto consentiente.* Und in der *Leg.* 3. *Cod. de in int. restit.* wird ein Unterschied gemacht, unter Minderjährigen, die einen Curator haben, und solchen, die keinen haben. Endlich §. 2. i. h. t. sagt ausdrücklich: inuiti adolescentes curatores non accipiunt. Nur einige Fälle waren ausgenommen, wo ein Minderjähriger einen Curator haben mußte. Nemlich 1)

wann

wann er einen Prozeß bekam. Dann ein Minderjähriger konnte ohne Curator nicht vor Gericht erscheinen, und der Richter durfte gegen ihn keine Sentenz fällen; wann er keinen Curator zum Beystand hatte. 2) Wann ein Schuldner dem Minderjährigen etwas zu bezahlen hatte. Dann hat der Minderjährige ohne Curator die Zahlung angenommen, und das Erhaltene verschwendet: so muß der Schuldner noch einmal bezahlen. 3) Wann der Tutor Rechnung ablegen will; denn diese kann ihm der Minderjährige allein nicht abnehmen, er hat dazu den Beystand eines Curators nöthig.

§. 227. Pflicht des Curators.

Ein Curator ist nicht wie der Tutor zur Erziehung und Aufsicht über eine Person, sondern zur Administration des Vermögens bestellt. Indessen bemerke man: 1) die Curatoren eines Blödsinnigen und Kranken sind von dieser Regel ausgenommen. Diese müssen für die Person ihres Curanden eben so besorgt seyn, als für die Verwaltung seines Vermögens. 2) Auch der Curator eines Minderjährigen darf sich der Sorge für die Person des Curanden nicht entschlagen. Folgen jener Regel sind 1) der Curator interponirt nicht *auctoritatem*, sondern *consensum*; das heist die Einwilligung des Curators in eine Handlung des Curanden wird nicht auctoritatis interpositio, wie bey dem Tutor, sondern consensus genennt. (* 1). Wichtiger und practisch ist 2) die Folge, wann ein Mensch, welcher unter der Curatel stehet, etwas unternimmt, was blos seine Person angehet; z. E. wann er ein Eheverlöbniß schließt, so ist es gültig, auch ohne des Curators Einwilligung. Wann hingegen der Curand etwas vornimmt, was sein dem Curator untergebenes Vermögen betrifft: z. E. etwas kauft, miethet, vermiethet ꝛc. so ist die Handlung nichtig, wofern der Curator nicht consentirt hat. Die genauere Bestimmung, und weitere Ausführung dieser Sätze gehört in die Pandecten. Hier bemerke man nur noch a) wann ein Minderjähriger eine Handlung unternommen hat, die seine Person angehet, und dabey lädirt wird, das heist Schaden leidet: so kann er restitutionem in integrum suchen. b) Will ein Minderjähriger etwas von seinem Vermögen veräussern: so ist nicht einmal des Curators Einwilligung hinlänglich; sondern es muß eine obrigkeitliche Untersuchung, und ein Alienationsdecret vorausgehen. S. die zu diesem §. gehörige Tabelle 9. b.

(1) Doch wurde in den neuern Zeiten das Wort auctoritas auch von der Einwilligung der Curatoren gebraucht. *Toullieu* diff. de auctoritate curatorum aetatis, in collectan, n. 8. p. 269. sqq. *Püttmann* in probabil. lib. 1. cap. 21.

§. 228.

§. 228. Wie die Curatel aufhört.

Die Tutel hört auf, wenn der Pflegbefohlene mündig wird; die Curatel, wann die Ursache wegfällt, um deren Willen der Curator bestellt war. Also die Curatel des Minderjährigen nimmt ein Ende, wann er die Großjährigkeit, das heist das fünf und zwanzigste Jahr zurückgelegt hat. Doch erhält zuweilen ein Minderjähriger bey dem Landesherrn venkam aetatis; das heist der Landesherr giebt ihm die Rechte eines Großjährigen, ehe er noch 25 Jahr alt ist. Nun kann er alles ohne Curator thun, was er zuvor nicht anderst, als mit Einwilligung des Curators gültig thun konnte. Die Curatel der Wahnwitzigen hört auf, wann sie den Gebrauch ihres Verstandes erhalten; die Curatel der Kranken, wann sie wieder zur Gesundheit gelangen; die Curatel der Verschwender, wann sie Hoffnung geben, daß sie in Zukunft ordentlich wirthschaften werden, und die Obrigkeit ihnen die eigene Verwaltung ihres Vermögens wieder überläßt.

Die Anmerkung sagt, das Látorische Gesetz, dessen Abfassung man gewöhnlich auf das Jahr 490. setzt, hat zuerst den Termin der Majorennität auf das fünf und zwanzigste Jahr gesetzt. Des Gesetzgebers Grund, wie Gundling muthmaßt, war, weil er hundert Jahre für das höchste Ziel des menschlichen Lebens annahm, und das Leben in vier Alter abtheilte, deren erstes von der Geburt bis ins fünf und zwanzigste Jahr; das andere von 25 — 50; das dritte von 50 — 75, und das letzte von 75 — 100 reichte.

§. 229. Klagen, welche aus der Curatel entstehen.

Wann der Tutor die Rechnungsablage ganz unterläßt, so geben die Gesetzgeber gegen ihn *actionem tutelae*, und wann er eine unrichtige Rechnung abgelegt hat, *actionem de rationibus distrahendis*. Diese Klagen sind von den Rechtsgelehrten auch auf die Curatel ausgedehnt worden. Er also kann auch actione tutelae und actione de rationibus distrahendis belangt werden; nur mit dem Unterschied, daß die Klagen in jenem Fall actiones *directae*, in diesem aber *utiles* heissen. Dann eine Klage, die sich ausdrücklich in einem Gesetz gründet, heist actio directa; eine Klage aber, die von den Rechtsgelehrten auf einen im Gesetz nicht ausdrücklich enthaltenen Fall ausgedehnt wird, wird utilis genennt.

§. 230. Deutsches Recht.

Im alten Deutschland hat man den Unterschied zwischen Tutor und Curator, den die Römer hatten, nie gemacht. Die Vormundschaft dauerte bis zur Majorennität (* 1). Herr von Pufendorf (* 2) behauptet zwar, die Deutsche hätten so wie die Römer zwischen Pupillen und Minorennen distinguirt;

guirt; und der Minorenne habe nach erlangter Pubertät sich einen Curator wählen können, wann er gewollt habe. Aber diese Meynung hat Kortholt (* 3) dünkt mir hinlänglich widerlegt. So viel ist gewiß, daß heutigestages kein Unterschied unter Tutoren und Curatoren gemacht wird. Wer die Aufsicht über einen **Unmündigen** und sein Vermögen hat, heist **Vormund**; und eben so der, welcher das Vermögen eines Mündigen, aber noch minorennen Menschen verwaltet. Wann der Pupill mündig wird, so sieht man nicht die geringste Veränderung in der Vormundschaft vorgehen (* 4); und es ist keine neue Confirmation nöthig (* 5). Indessen ist doch der römische Satz; curator primario datur rei mit seiner im §. 227. angeführten practischen Folge auch in Deutschland angenommen; wiewohl Beyer (* 6) daran zweifelt. 2) Der Termin der Großjährigkeit war nach dem alten Sachsenrecht das 21ste Jahr, nach den Rechten anderer Provinzen das 16te, 18te, 20ste und 22ste Jahr. Als das römische Recht eingeführt wurde, nahm man in den meisten Provinzen den römischen Termin von 25 Jahren an: nur die Sachsen behielten ihr altes Recht bey. Daher fängt noch heutigestages in Sachsen die Grosjährigkeit im 21sten Jahr an. Die Churprinzen werden nach der güldenen Bulle im 18ten Jahre majorenn. Eben dieses ist in vielen Fürstlichen Häusern Rechtens, z. E. im Hause Hessen, Braunschweig, Anhalt. Im Brandenburgischen werden die Adeliche im 20sten Jahr majorenn (* 7). Nach einer neuen Oestreichischen Verordnung soll das männliche Geschlecht im 20sten das weibliche im 18ten Jahre großjährig werden. 3) In Deutschland bekommen die Minderjährige auch gegen ihren Willen Vormünder. In der Polizeyordnung vom Jahr 1577. tit. 32. §. 1. heist es: wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten ꝛc. befohlen haben, zu verordnen, daß den Pupillen und **minderjährigen Kindern** jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden. Nun wendet zwar Cocceji (* 8) ein, in diesem Gesetze werde nicht verordnet, daß den Minderjährigen **gegen ihren Willen** Curatoren gegeben werden sollen. Allein dem sey wie ihm wolle, so ist die Observanz in Deutschland ausser Zweiffel und allgemein (* 9).

(1) *Schilter* Exerc. 37. thes. 79. *Ludewig* diss. de tutela testam. et legitim. diff. II. *Beyer* de hodierna tutorum et curatorum differentia: in dissert. et opusc. num. 4. *Gaertner* diss. iure germanico inter tutores et curatores, pupillos et minores non distingui Lips. 1732. *Heineccius* in elem. iur. germ. Lib. 1. §. 340. sqq. *Leyser* sp. 327. Moser im Staatsrecht part. 18. pag. 137. sqq.

(2) In observ. Tom. 1. obs. 48.

(3) Diss. de differentiis iuris romani et Heilbronnensis in tutelis §. 20. sqq.

(4) Struben rechtl. Bed. Part. 3. pag. 380.

(5) *Wernher* part. 6. obſ. 389. pag. 65.
(6) Diſſ. de hodierna tut. et curat. different. §. 13.
(7) Struben rechtl. Bed. Part. 3. p. 380. doch giebt man dem Minderjährigen nicht leicht eine Perſon zum Curator, die ihm zuwider iſt. *Kortholt* diſſ. de diff. iur. rom. et Heilbronnenſ. in tutel. §. 25. 26.
(8) In iur. controv. tit. de curat. Qu. 2.
(9) *Diet. Herm. Kemmerich* diſſ. de maiori principum aetate Lipſ. 1736.

TIT. XXIV.

De ſatisdatione tutorum et curatorum.

§. 231. Was iſt die Caution.

Caution, Vorſtand, heiſt eine Sicherheit, die ich dem andern über die Erfüllung meiner Verbindlichkeit leiſte, weil er fürchtet, daß ich dieſe übertretten werde. Alſo man ſetzt voraus, a) daß ich zu etwas verbunden bin, b) daß man nicht verſichert iſt, ich werde dieſer Verbindlichkeit nachkommen; und daß ich daher c) eine Handlung unternehme, durch welche der andere überzeugt wird, ich werde meine Pflicht erfüllen; oder doch wenigſtens Mittel erhält, ſich, wann er Schaden leidet, zu erholen. Z. E. ich borge Geld bey jemanden, und gebe ihm ein Unterpfand. Hier iſt a) eine Verbindlichkeit, das Geld zu erſtatten; der Glaubiger aber b) zweifelt, ob ich ſie, wenigſtens zur rechten Zeit erfüllen werde;. er ſucht ſich deßwegen c) durch Annehmung des Pfandes in Sicherheit zu ſetzen. Die Verpfändung iſt alſo eine Caution. Wenn die Caution durch Bürgen geleiſtet wird, ſo heiſt ſie *ſatisdatio*.

§. 232. Warum muß der Vormund Caution leiſten.

Ein Tutor und Curator verwaltet fremdes Vermögen. Beyde ſind alſo ſchuldig Rechnung abzulegen, und herauszugeben, was nach Abzug der Ausgabe von der Einnahme übrig bleibt. Alſo das eine Erforderniß der Caution, die Verbindlichkeit, iſt vorhanden. Wann nun auch das andere Erforderniß eintritt, (ſi ulla in eos cadit ſuſpicio); wann man nicht verſichert iſt, daß ſie gut haushalten, und dem Pflegbefohlnen herausgeben werden, was ſie herauszugeben verbunden ſind: ſo müſſen ſie Caution, und zwar durch Bürgſchaft, mit einem Worte Satisdation leiſten. Alſo cadit ſuſpicio in tutorem heiſt hier nicht: der Tutor iſt verdächtig; man kann ſich

zu

zu ihm nichts gutes versehen. Nein; dann wäre das, so dürfte ihn die Obrigkeit gar nicht zur Tutel lassen; sondern es will nur so viel sagen: man hat keine zuverläßige Hoffnung, daß der Tutor seinen Pflichten ein Genügen thun werde. Daß die Caution gerade durch Bürgen und nicht auf andere Art geleistet werden muß, davon liegt der Grund darin, weil man zur Zeit der Cautionsleistung noch nicht weiß, was und wie viel der Vormund schuldig bleiben wird. In solchen Fällen aber, wo der Schaden noch ungewiß ist, ist die Caution durch Bürgen die schicklichste.

§. 233. Und in welchen Fällen?

In welchem Falle hat man also das Zutrauen zu dem Vormund, in welchem Falle nicht? In welchem leistet ein Vormund Caution, in welchem ist er frey davon? Der gegenwärtige §. sagt 1) Vormünder, welche vom Vater im Testament bestellt sind, leisten nach römischem Recht keine Caution. Dann man glaubt, der Vater werde keinen zum Vormund ernennen, dessen Geschicklichkeit und Ehrlichkeit er nicht genau geprüft, und bewährt gefunden hat. Auf einen solchen testamentarischen Vormund also kann man sich sicher verlassen. Auch 2) Vormünder, welche ein höherer Magistratus nach vorausgegangener Untersuchung bestellt hat, sind von der Cautionsleistung frey. Dann man hat zu der Untersuchung eines solchen Magistratus ebenfalls ein so grosses Zutrauen, daß man glaubt, er werde keinen als einen vollkommen tüchtigen und treuen Vormund bestellen.

§. 234. Wer ist nicht frey von der Caution?

Hingegen sind zu der Cautionsleistung verbunden 3) die **gesetzliche** Vormünder. Dann weder ein väterliches Testament, noch die Approbation eines höhern **Magistratus** sprechen zu ihrem Vortheile. **Nur der Vater** und der **Patron**, wann sie die gesetzliche Vormundschaft übernahmen, waren frey von der Caution. 4) Die von einem niedern Magistratus bestellte Vormünder. Die Untersuchung und Billigung eines niedern Magistrates hat nicht so viel Gewicht, daß sie den Vorwand von der Caution befreyen könnte. 5) **Alle Vormünder**, testamentarische, gesetzliche und dative, **welche aus mehreren zur Administration gewählt werden.** Wann nemlich der Vater mehrere Vormünder bestellt hat, oder mehrere gesetzliche Vormünder z. E. drey Vatersbrüder vom Pflegbefohlnen vorhanden sind: so giebt man nicht leicht allen an der Verwaltung des Vermögens Antheil, weil dieses selten gut thut; sondern man wählt einen, giebt ihm die Administration allein, und macht die andern nur zu Ehren-Vormündern, (tutoribus honorariis). Der eine nun, welcher administriret, muß seinen Collegen Caution

stellen. Dann wann er übel haushält: so müssen die andern dem Pupillen für allen Schaden haften. Sie können also mit Recht auf diesen Fall Caution fordern.

§. 235. Klagen gegen die Bürgen.

Die Folge der Cautionsleistung des Vormundes ist, daß wann er dem Pupillen etwas schuldig bleibet, die Bürgen für allen Schaden stehen müssen. Die Klage, welche desfalls gegen sie angestellt wird, heist *actio ex stipulatu*. Nur wird erfordert, daß der Vormund selbst zuerst belangt, und ausgeklagt werde. So lange er zu bezahlen hat, ist der Bürge zu haften nicht schuldig. Dann die allgemeine Regel ist: der Hauptschuldner muß vor dem Bürgen belangt werden.

§. 236. Noch andere Klagen des Curanden.

Wie aber wenn der Bürge auch nichts im Vermögen hat, und der Pflegbefohlne sich also an ihm nicht erholen kann? In diesem Falle kann dieser die hypothekarische Klage anstellen gegen alle, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben; dann dieß ist dem Pupillen stillschweigends verpfändet. Ist aber auch durch diese nichts zu erlangen: so kann sich der Pupill noch zuletzt an die Obrigkeit halten; wofern sie nemlich etwas von ihrer Pflicht unterlassen hat. Diese Klage findet also statt a) wann die Obrigkeit untaugliche Bürgen, die nicht hinlänglich begütert sind, angenommen; oder b) ganz unterlassen hat, Vormünder zu bestellen; oder c) keine Cautionsleistung in einem Fall erfordert hat, wo sie dergleichen hätte fordern sollen. Weil die Obrigkeit nicht eher belangt werden kann, als bis weder vom Vormund selbst, noch von den Bürgen etwas zu erhalten sieht, diese Klage also die letzte Zuflucht des Pupillen ist: so heist sie actio *subsidiaria* aduersus magistratus (* 1).

(1) Die beste Abhandlung von dieser Materie ist *Gebauer* diss. de actione tutelae aduersus magistratus in exercit. acad. Vol. 1. num. 8. pag. 209.

§. 237. Deutsches Recht.

Nach der angeführten Polizeyordnung sollen alle Vormünder, testamentarische, gesetzliche, und von der Obrigkeit gegebene Caution stellen. Aber dieses heilsame Gesetz wird schlecht befolgt. An einigen Orten begnügt man sich damit, wann der Vormund auf seine Pflichten einen Eyd ablegt, gleichsam als ob der Pupill dadurch gegen allen besorglichen Schaden in Sicherheit gesetzt würde. An andern Orten bestellt man keinen Vormund, der nicht mit liegenden Gütern angesessen ist, und hält daher die Caution durch Bürgen für unnöthig; da die Güter des Vormundes dem Pupillen verpfändet sind,

und

und er sich also daran entschädigen kann. Die subsidiarische Klage ist zwar nicht abgeschafft, wie einige glauben (* 1); dieß hat Gebauer (* 2) bewiesen. Aber sie kommt doch selten vor. Wann der Vormund die Pflegbefohlne um alles gebracht hat: so fehlt es an Geld, den Proceß gegen die Obrigkeit zu führen: kein Advokat dient gern gegen seine Oberen; für die Obrigkeit streitet die Präsumtion der Legalität; die Pupillen haben also einen schweren Beweis zu führen; die Obrigkeit hat Freunde, Gönner und Connexionen, und treibt einen solchen Proceß aufs äusserste. Aus diesen und noch mehr Ursachen ruft ein Jurist (* 3) über diese Klage aus; ab hac actione libera nos domine!

(1) *Treutler* vol. 1. disp. 9. thes. 7. not. e. pag. 84. *Mev.* ad ius Lubec. lib. 1. Tit. 7. art 2. n. 56. pag. m. 218.

(2) In der angeführten diss. cap. 2. Man sehe auch *Leyser* spec. 343. M. 1. und *Ludolf* part. 1. obs. 160. num. 4. *Kortholt* diss. de diff. iur. rom et Heilbr. in tutel. §. 12. not. t.

3) (*Naurath* in not. ad *Zoes.* pand. tit. de magistrat. conueniend. p. 138.

TIT. XXV.

De excusatione tutorum vel curatorum.

§. 238. Was heist Excusationen von der Tutel?

Die Tutel ist ein munus publicum, eine persönliche Beschwerde, ein Dienst den jeder Bürger übernehmen muß, weil es das Wohl des Staats erfordert. Da indessen die Gesetze einige Bürger von den Personallasten befreyen, so sind auch einige insonderheit von der Tutel frey; *excusantur a tutela*, wie die römische Juristen sagen.

§. 239. Eintheilung derselben.

Die *excusatio a tutela* ist also ein rechtmäsiger Grund, durch welchen Jemand von der Last der Tutel befreyet wird; das heist, vermöge dessen er entweder nicht Vormund werden kann, wenn er gleich will; oder es nicht zu werden schuldig ist, wenn er keine Lust dazu hat. Man sieht hieraus, daß das Wort Excusation wird bey den Rechtsgelehrten in einem weitläuftigerm Verstande genommen, als im gemeinen Redegebrauch. Dann nach diesem letztern ist Excusation die Anführung eines Grundes, um dessen Willen

man eine Beschwerde nicht zu übernehmen schuldig ist. Man braucht dieses Wort nicht, wann jemand die Erlaubniß nicht hat, etwas zu thun. Wann z. E. jemand an einem feyerlichen Tage krank ist, und daher nicht nöthig hat, bey Hofe zu erscheinen: so ist er excusirt. Aber man sagt nicht, daß einer excusirt sey, wann ihm der Hof verboten ist. Die Rechtsgelehrten hingegen nehmen das Wort *excusatio* hier in einer so weitläuftigen Bedeutung, daß sie es nicht nur von den Personen brauchen, welche nicht gezwungen werden können, Vormünder zu werden; sondern auch von denjenigen, welche nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Die Excusationen theilen sich daher in nothwendige, (necessarias, prohibitorias, improprias), und freywillige, (voluntarias, proprias) ein. Wann jemand nicht Vormund werden darf, ob er gleich wollte: so sagt man, er habe eine nothwendige, oder uneigentliche Entschuldigung. Bin ich hingegen in dem Fall, daß mir die Vormundschaft, nicht gegen meinen Willen aufgetragen werden kann; daß ich sie aber übernehmen darf, wann ich Neigung dazu habe: so habe ich eine freywillige, oder eigentliche Entschuldigung. Diese Distinction hat verschiedene practische Folgen; dann a) eine freywillige Entschuldigung ist mir nur alsdann nützlich, wann ich sie anführe. Bestellt mich die Obrigkeit zum Vormund, und ich führe die mir zustehende freywillige Excusation nicht an: so habe ich stillschweigends darauf renunciiret. Hingegen die nothwendige Excusation braucht nicht angeführt zu werden. Die Obrigkeit muß von Amtswegen Rücksicht darauf nehmen. b) Die freywillige Excusation befreyt mich nur von der noch zu übernehmenden Tutel; die nothwendige aber macht auch der schon übernommenen Tutel ein Ende. Das heist: wann ich Tutor werden soll, und eine freywillige Excusation anführe: so werde ich mit der Tutel verschont. Wann ich aber schon Vormund bin, und während der Vormundschaft eine freywillige Excusation erhalte: so kann ich darum die Tutel nicht niederlegen. Z. E. drey Kinder gaben in Rom eine freywillige Entschuldigung von der Tutel. Wann ich also zu der Zeit, da ich zum Vormund bestellt wurde, schon drey Kinder hatte: so war ich von der Tutel frey: hingegen wann ich während der Vormundschaft drey Kinder erhielt: so kann ich die Tutel darum nicht abgeben. Anderst ist es bey der nothwendigen Excusation. Wer dergleichen hat, darf eine Tutel nicht übernehmen: und wann er während derselben die Excusation erst bekommt: so muß er sein Amt auch niederlegen. Der Soldatenstand z. E. ist eine nothwendige Excusation. Ein Soldat darf also keine Tutel annehmen, und wann der Vormund während seines Amtes Soldat wird: so muß er es niederlegen. Beyde Arten der Excusation haben übrigens bey allen Arten von Vormündern statt; bey testamentarischen, gesetzlichen und dativen. Von den testamentarischen und dativen

ven ist dieß ausser Zweifel; aber können sie auch die gesetzliche entschuldigen? Cujacius (* 1) und Giphanius (* 2) leugnen es. Allein Schulting (* 3) und Huber am a. O. haben das Gegentheil erwiesen. Der nächste Verwandte, welcher sich entschuldiget, verliert auch darum sein Erbrecht nicht, wie einige glauben; dann diese Strafe ist in keinem Gesetz dictirt (* 4).

(1) *Cuiac.* in not. ad *Ulp.* fragm. Tit. 11. §. 17, et ad leg. 13. D. de excus.
(2) *Giphan.* in commentar. ad §. 13. I. h. t.
(3) *Schulting* ad *Ulp.* fragm. l. c.
(4) *Leyser* sp. 331. med. 3.

§. 240. Freywillige Excusationen.

Die freywillige Excusationen sind einem entweder ertheilt wegen der Verdienste, die er um den Staat hat; (priuilegio nituntur) oder weil ihm die Tutel allzu beschwerlich seyn würde, (ob impotentiam conceduntur). Zu der ersten Classe gehören folgende: **erstlich** wer in Rom drey, in Italien vier und in den Provinzen fünf Kinder hat. Dieß ist ein Privilegium, das im Papisch-Poppäischen Gesetz zur Belohnung der Fruchtbarkeit gegeben wurde. Dieses Gesetz wurde in der Absicht verfasset, um die Bürger zu rechtmässigen Heyrathen und zum Kinderzeugen zu ermuntern. Es setzte daher mancherley Strafen auf den ehelosen Stand und die Kinderlosigkeit; hingegen Belohnungen auf den Ehestand und das Kinderzeugen. Zu den letztern gehört dann auch die Excusation von der Vormundschaft (* 1). Nur müssen die Kinder a) **schon alle zur Welt gebohren seyn.** Wann mir z. E. in Rom eine Vormundschaft aufgetragen wurde, zu einer Zeit, da ich zwey Kinder hatte, und meine Ehefrau schwanger war: so war ich nicht entschuldigt. b) Die Kinder müssen auch leibliche, nicht adoptirte: c) eheliche, nicht ausser der Ehe erzeugte, und d) **noch am Leben seyn.** Nur alsdann wann sie in einem Treffen umgekommen waren, galten sie noch als lebende. Wie viel Kinder heutigestages von der Tutel entschuldigen, ist controvers. Einige sagen (* 2) fünf, **weil wir in den Provinzen lebten.** Seltsam! wie kann Deutschland als eine römische Provinz angesehen, und nach dem iure provinciarum beurtheilt werden? Andere (* 3) sagen vier, dann Deutschland habe das ius Italiae. Eben so ungereimt, als das vorige! Noch andere (* 4) halten drey Kinder für hinlänglich, weil Caracalla allen römischen Unterthanen das römische Bürgerrecht ertheilt habe. (§. 90.) Auch dieses paßt nicht. Dann des Caracalla Verordnung hob den Unterschied zwischen Bürgern, die in Rom, Italien und in den Provinzen wohnten, nicht auf (* 5) Richtiger urtheilen die, welche behaupten, daß man auf die Gewohnheiten und Statuten jedes Landes Rücksicht nehmen müsse. Bestimmen diese nichts,

so

so geben die Kinder keine Entschuldigung gegen die Tutel. Dann die Privilegien, welche der ehelichen Fruchtbarkeit im Papisch-Poppäischen Gesetze ertheilt sind, gelten in Deutschland nicht (* 6). Wann jemand viele Kinder, und dabey wenig Vermögen hätte, so daß er alle seine Zeit auf die Erziehung und Ernährung dieser Kinder verwenden müßte; und es ihm nicht möglich wäre, sich mit den Vormundsgeschäften abzugeben, so würden ihn seine Vermögensumstände, aber nicht die Kinder entschuldigen.

(1) *Toullieu* diss. de iure sese a tutela vel cura excusandi ob magistratum et numerum liberorum; in collectaneis num. 7. pag. 255. sqq.
(2) *Schilter* exerc. 37. thes. 155.
(3) *Hopp* ad prooem. I. h. t.
(4) *Stryk* in usu mod. h. t. §. 2.
(5) *Heinecc.* commentar. ad L. Iul. Pap. Popp. p. 211.
(6) *Thomasius* in not. h. t. p. 109. *Kemmerich* access. ad Instit. h. t. §. 8. *Beyer* ad pand. h. t. *Knorre* obs. ad Ludovici pandect. 559.

§. 241. Fortsetzung.

Die zweyte freywillige Entschuldigung haben die, welche Güter oder Einkünfte des Landesherrn verwalten, erheben oder gepachtet haben. Also alle Rentmeister, Steuererheber, Zollerheber sind von der Tutel frey. Aber nicht nur diese, sondern alle Personen, denen der Landesherr ein Geschäft aufgetragen hat, haben Entschuldigung (* 1). Die Ursache ist, daß sie nicht in ihren Geschäften durch die Tutel gehindert und gestört werden sollen. Dazu kommt noch eine andere, die Theophilus in seiner Paraphrase anführt. Wann jemand Güter des Landesherrn verwaltet oder pachtet: so ist sein Vermögen dem landesherrlichen Fiskus verpfändet. Wollte er zugleich eine Tutel übernehmen: so würde das Vermögen auch dem Pupillen verpfändet werden; und käme er in Verfall, so könnte der Fiskus mit dem Pupillen in Collision kommen; wann nemlich das Vermögen nicht zu beyder Befriedigung hinreichte. Ich glaube daher, daß diese Excusation nicht immer freywillig, sondern oft nothwendig war. Nur alsdann war sie wohl freywillig, wann der Tutor dem Pupillen durch Satisdation hinlängliche Sicherheit gegeben hatte. Da heutigestages die Satisdationen der Vormünder selten gehörig geleistet werden: so gehört diese Entschuldigung fast immer unter die nothwendige.

(1) L. 22. §. 1. L. 30. D. h. t.

§. 242. Fortsetzung.

Dritte Entschuldigung. Wann jemand von der Provinz, der Stadt oder dem Dorfe, worin er wohnet, in öffentlichen Angelegenheiten verschickt wird: so heist er *absens rei publicae causa*, und hat eine Entschuldigung von der Tutel. a) Er ist nicht schuldig, während seiner Abwesenheit eine zu übernehmen,

nehmen, (excusatur a suspicienda tutela dum abest) b) Er kann auch während der Abwesenheit die schon geführte Vormundschaften einem Curator übergeben, (excusatur a suscepta). Wann er aber c) zurück kommt, so muß er sie wieder fortsetzen; hingegen d) eine neue Vormundschaft ist er im ersten Jahre nach seiner Zurückkunft zu übernehmen nicht schuldig, (excusatur a suspicienda intra annum, ex quo reuertit. e) Wann jemand in öffentlichen Geschäften eine Seereise macht; oder seinen Wohnort auf Befehl des Landesherrn ändert: so kann er die bisher geführte Vormundschaften auf immer niederlegen.

§. 243. Fortsetzung.

Die vierte Entschuldigung kommt den Magistratspersonen zu; doch nicht allen, sondern nur den höheren, die *imperium* oder *potestatem* hatten; d. i. welche ihre Befehle durch Zwangsmittel zur Execution bringen durften. Uebrigens wird über diese Materie noch sehr gestritten. Giphanius, Rittershusius (*1) und andere glauben, daß die geringere magistratus nur eine freywillige, die höhere aber eine nothwendige Entschuldigung hätten (*2). Heutigestags haben nach der Praxis alle obrigkeitliche Personen eine freywillige Entschuldigung (*3). Fünftens können sich entschuldigen alle, welche die Jugend in Wissenschaften und freyen Künsten unterrichten; nur müssen sie ordentliche öffentliche Lehrer seyn. Auch die Aerzte, wann sie die Praxis treiben, und Rechtsgelehrte, sind entschuldiget. Der Grund liegt darin, weil alle diese Personen schon fürs öffentliche Beste arbeiten, und es daher unbillig wäre, sie noch mit Tutelen zu belästigen.

(1) In commentar. ad §. 3. I. h. t.
(2) Man s. von dieser Entschuldigung hauptsächlich *Tollieu* diss. §. 240. cit.
(3) *Schilter* ex 37. h. t. thes. 161. *Stryk* us. mod. tit. de excusat. §. 3. *Lauterbach* coll. th. pr. ibid. §. 12.

§. 244. Fortsetzung.

Die Entschuldigungen, welche sich auf die allzugrosse Beschwerlichkeiten gründen, sind sechstens drey Tutelen in einem Hause; wann nemlich jemand schon selbst drey Vormundschaften führet; oder wann auch ein Vater und seine filii familias zusammen drey Tutelen haben: so kann ihm nicht zugemuthet werden, noch die vierte zu übernehmen. Nur bemerke man: 1) die Anzahl der Tutelen wird nicht nach der Zahl der Pupillen, sondern der Patrimonien oder Rechnungen bestimmt. Wann ich also über drey Pupillen Vormund bin, die zusammen Ein Vermögen haben: so führe ich nicht drey Tutelen, sondern nur eine. Die Ursache, warum der Vater durch die Tutelen seiner Söhne entschuldigt wird, liegt darin, weil er für die Söhne haften, folglich

auch auf ihre Haushaltung Achtung geben muß, und ihre Vormundschaften ihm also Mühe machen. Ausnahmen jenes Satzes sind: a) si tutelae sint affectatae, das heist, wann ich von den drey Tutelen, die ich führe, eine oder einige gesucht habe: so kann ich genöthigt werden, noch mehrere zu übernehmen. Dann die gesuchte Tutelen kommen nicht in Anschlag. b) Si tenues sint; wann die drey Vormundschaften so geringfügig sind, daß sie wenig Mühe machen. Dann man muß die Tutelen nicht so wohl zählen als wägen. Daher kann auch jemand, der nur zwey, aber weitläuftige Tutelen hat, sich von der dritten entschuldigen. Ja eine einzige sehr beschwerliche und mühsame Vormundschaft kann schon Entschuldigung bewirken.

Siebendens. Die Armuth. Wann nemlich jemand so arm ist, daß er alle seine Zeit zur Erwerbung seines Unterhalts nöthig hat. Da heutigestages alle Vormünder Satisdation leisten sollen, oder mit liegenden Gütern angesessen seyn müssen; ein armer Mensch aber nicht leicht Bürgen finden wird, und liegende Güter nicht besitzt: so wird diese Entschuldigung in den meisten Fällen zur nothwendigen werden.

Achtens. Krankheit, die einen hindert, seinen eigenen Geschäften vorzustehen; morbus sonticus, wie sie die Juristen nennen.

Neuntens. Unwissenheit im Lesen und Schreiben. Dann ein solcher Mensch müßte sich jemand zur Rechnungsstellung halten, und dieß kann man ihm nicht zumuthen.

Zehendens. Siebenzigjähriges Alter. An den meisten Orten in Deutschland entschuldigen schon sechzig Jahre (* 1).

(1) *Knorre* obs. ad Ludovici pandect. 560.

§. 245. Nothwendige Excusationen.

Die nothwendige Entschuldigungen sind 1) Raserey, Wahnsinn, Taub- und Stummheit, Blindheit. Diese Gebrechen machen, daß jemand der Tutel gar nicht, oder doch nicht mit der gehörigen Aufmerksamkeit vorstehen kann. Wenigstens in dem Falle, wenn Taub- und Stummheit beysammen sind, schliessen sie von der Tutel aus. Hat einer nur eines von beyden Gebrechen allein, so kann er nach Beschaffenheit der Umstände wohl zur Tutel gelassen werden (* 1). 2) Minderjährigkeit. Einem Minderjährigen traut man die zur Führung einer Vormundschaft nöthige Klugheit nicht zu. Ob der Minderjährige alsdann, wann er veniam aetatis erlangt hat, Vormund werden könne, ist zweifelhaft. Ich glaube nicht, wann es der Landesherr nicht ausdrücklich erlaubt (* 2). 3) Soldatenstand; dann bald würde der Dienst durch die Tutel, bald die Tutel unter dem Dienste leiden (* 3). Diese Excusation hat nach der richtigern Meynung noch heutzutag statt (* 4).

4) Ein

4) Ein Proceß mit dem Pupillen; nur muß er nach den ältern Gesetzen das ganze Vermögen des Pupillen, oder doch den grösten Theil desselben betreffen. Nach dem neuen römischen Recht hingegen ist jeder bevorstehende Proceß zur Entschuldigung hinreichend. Dann Justinian verordnete in den angeführten Novellen, daß man weder einen Schuldner noch Glaubiger des Pupillen zum Vormund bestellen solle. 5) Die Bischöfliche Würde und der Mönchsstand. Diese schliessen ganz von der Tutel aus. Andere Geistliche, die unter dem Bischoffe sind, können Vormünder über Verwandte werden; sie haben aber eine freywillige Entschuldigung. Zur Tutel über Fremde werden sie nicht zugelassen. Bey den Protestanten haben alle Geistliche eine freywillige Excusation (* 5). 6) Der Ehestand. Nemlich der Ehemann konnte nicht Vormund über die Ehefrau seyn, auch der Bräutigam nicht über die Braut, weil man glaubte, Frau und Braut würden sich nicht unterstehen, die Rechnungsablage zu fordern (* 6). 7) Tödtliche Feindschaft mit dem Vater der Pupillen. Also nicht jede kleine Zänkerey; sondern nur eine heftige schwere Feindschaft gereicht zur Entschuldigung (* 7). Man fürchtet, ein solcher Feind des Vaters werde an den Kindern noch Rache ausüben.

(1) *Stryk* de iure sensuum diss. 4. cap. 2. num. 18. sqq.
(2) Struve. rechtl. Bed. 3. Th. 130. Seite.
(3) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 15.
(4) *Leyser* sp. 57. med. 5. *Pufend.* Tom. 3. obs. 83.
(5) *Stryk* us. mod. h. t. §. 5.
(6) *Heineccii* diss. de marito tutore et curatore uxoris legitimo, in opusc. n. 24.
(7) *Püttmann* de inimicitiis capitalibus. earumque in iure effectibus; in adversar. lib. 1. pag. 1. sqq.

§. 246. Excusation von der Curatel.

Die bisher angeführte Entschuldigungen gelten alle sowohl bey der Tutel als Curatel. Noch eine Entschuldigung ist übrig, die sich allein auf die Curatel bezieht. Wer nemlich Tutor gewesen ist, der wird nicht gezwungen, Curator zu werden. Dann niemand soll mit einer doppelten Last belegt werden. Ob aber diese Entschuldigung noch heutigestags statt finde, ist zweifelhaft. Beyer (* 1) Carpzov (* 2) und andere (* 3) glauben, sie finde statt. Aber richtiger ist doch wohl das Gegentheil (* 4). Dann die deutsche Gesetze wissen von dem Unterschied unter Tutel und Curatel nichts.

(1) Ad Inst. h. t. th. 8. auch in Diss. de hodierna tutorum et curatorum differ. §. 12.
(2) Part. 2. const. 11. def. 10.
(3) *Struv.* syntagm. iur. civ. h. t. thes. 51. *Lauterb.* lib. 26. tit. 9. append.

§. 4. p. 634. *Berger* oec. iur. p. 171. edit. vet. *Wernher* Part. 4. obſ. 380. *Pufendorf* Tom 2. obſ. 12.

(4) *Kortholt* diſſ. de differ. iur. rom. et Heilbronnenſ. in tutelis §. 28.

§. 247. Deutſches Recht.

1) Von dem heutigen Gebrauch der Entſchuldigungen habe ich ſchon bey jeder derſelben das nothige angemerkt. 2) Allerdings muß man auch in dieſer Materie zuforderſt auf die Provinzial- und Localgeſetze Rückſicht nehmen (* 1). Sind dergleichen nicht vorhanden; ſo bleibt man bey dem römiſchen Recht; in ſo weit es auf unſere Verfaſſung paſſet. (§. 240.) 3) Die freywillige Entſchuldigungen ſind aber bey uns weit ſeltener als bey den Römern. Dann ein römiſcher Vormund mußte ſein Amt ganz umſonſt führen. Hingegen unſere Vormünder bekommen ein Salarium. Daher iſt es bey uns gewöhnlicher, daß man Vormundſchaften ſucht, als daß man ſich davon entſchuldigt. 4) Der Ehemann kann in Deutſchland Curator ſeiner Frauen ſeyn. Wann ich nemlich eine Perſon heyrathe, welche unter der Vormundſchaft ſteht: ſo behält der bisherige Vormund ſeine Adminiſtration bis zur Maiorennität. Verheyrathet ſich hingegen eine Perſon, deren Vater noch lebt, und ſie wird während der Ehe beerbt: ſo bekommt ſie keinen fremden Curator, ſondern der Ehemann führet die Adminiſtration ihrer Paraphernalgüter (* 2). 5) In Sachſen ſtehen alle Weibsperſonen, verheyrathete und unverheyrathete, unter einer lebenslänglichen Curatel. Die Pflicht eines ſolchen Curators iſt, daß er die Weibsperſon in ſolchen Geſchäften, bey denen ſie leicht lädirt werden kann, mit Rath inſtruire. Er hat alſo keine Güterverwaltung; und ökonomiſche Geſchäfte kann die Weibsperſon gültig ohne ihn verrichten (* 3).

(1) Einige derſelben hat *Ienichen* diſſ. de excuſat. tut. et curat. Giſſ. 1755. geſammelt.

(2) *Thomaſius* in not. ad I. h. t. p. 117.

(3) *Tob. Iac. Reinharth* diſſ. de genuinis curae ſexus et aetatis differentiis Erf. 1728.

TIT. XXVI.

De ſuſpectis tutoribus et curatoribus.

§. 248. Uebergang zu dieſem Titel.

Die Tutel und Curatel werden bisweilen durch Remotion oder Abſetzung des Tutors und Curators geendigt. Von dieſer wird im gegenwärtigen

tigen Titel gehandelt, und damit der Schluß der Vormundschaftslehre gemacht.

§. 249. Warum wird ein Vormund removirt?

Ein Vormund wird removirt, wenn er verdächtig ist. Verdächtig aber ist er, wann er entweder vorsetzlich dolose oder aus Nachläßigkeit (culpose) seiner Pflicht kein Genüge leistet. Nemlich die Absicht einem zu schaden, heist bey den Juristen *dolus*; Mangel des gehörigen Fleisses *culpa*. Diese letzte ist entweder *lata*, oder *levis* oder *leviſſima*. Die äusserste Nachläßigkeit, zu der nur die sorglosesten Menschen fähig sind, heist *culpa lata*. Eine Nachläßigkeit von geringerm Grade, die auch ein ordentlicher Mensch wohl bisweilen begeht, *culpa levis*; und ein ganz geringes Versehen, die Unterlassung der höchsten und äussersten Attention, *culpa leuiſſima*. (§. 754. 757. 758.) Daß ein Vormund a) um eines vorsetzlichen dem Pupillen zugefügten Schadens removirt werden könne, ist gewiß. Eben so gewiß ist b) daß er wegen einer culpa lata abgesetzt werden könne, und c) daß culpa leuiſſima dazu nicht hinreiche. Aber wie steht es mit der culpa leuis? Einige Juristen glauben, daß sie zur Absetzung hinreiche (* 1). Allein nach der Leg. 7. §. 1. h. t. ist die richtigere Meynung, daß culpa leuis keine Remotion begründe (* 2).

(1) Z. E. *Manz* ad pand. h. t. Qu. 4. n. 27. *Wiſſenbach* ad leg. 9. C. h. t.
(2) *Lauterb.* coll. theor. pract. h. t. §. 10. *Berger* resol. L. L. obstant. h. t. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 199. Seite, 2. Th. 473. Seite.

§. 250. Jeder Bürger kann den Vormund anklagen.

Wann ein Vormund verdächtig ist: so liegt dem Staate selbst daran, daß er removirt werde; daher erlauben die römische Gesetze jedem Bürger den verdächtigen Vormund anzuklagen, und diese Klage heist *crimen ſuſpecti*, d. i. accusatio s. postulatio suspecti (* 1). Die Definition davon, welche der Autor giebt, wird im folgenden Paragraph Wort für Wort erklärt werden.

(1) Prooem. I. h. t. *Noodt* ad tit. Pand. de suspect. tutor. *I. H. Boehmer* diss. de crimine suspecti cap. 1. §. 10. in Ex. ad Pand. Tom. 6. p. 64.

§. 251. Was ist die accusatio tutoris suspecti?

Die Anklage des Vormunds ist eine accusatio quasi publica. Publica heist sie, weil sie jeder Bürger anstellen kann. Aber sie ist doch nicht *vere*, sondern nur quasi publica. Dann accusationes vere publicae entstanden aus einem öffentlichen Verbrechen, und wurden bey dem Präfectus Urbi, der die peinliche Gerichtsbarkeit hatte, angestellt. Die Anklage des Vormundes aber entsteht aus keinem öffentlichen Verbrechen, und wird auch nicht vor dem peinlichen Richter, sondern vor dem Prätor oder einer andern Obrigkeit, welche die Civil-Gerichtsbarkeit hat, angestellt (* 1).

Die Anmerkung sagt: die Juristen bedienen sich der Partikel quasi, um anzudeuten, daß ein Wort nicht im eigentlichen Verstande genommen werde. Sie reden daher von quasi contractibus, quasi delictis, quasi possessione, quasi traditione, accusationibus quasi publicis, remediis quasi possessoriis u. s. w. (* 2).

(1) *Boehmer* diss. cit.
(2) *Io. Dav. Dieterich* diss. de genuina quasi notione iuridica, Goett. 1740.

§. 252. Wer kann sie vornehmen?

Die Anklage eines verdächtigen Vormundes ist quasi publica. Alle Bürger können daher die Vormünder anklagen. Die Mitvormünder sind dazu verbunden; andere Personen aber haben nur die Erlaubniß dazu. Etwas besonderes ist, daß sogar Weibspersonen, die sonst nicht anklagen dürfen, doch zu dieser Anklage gelassen werden. Die Ursache liegt in der grossen Gunst der Gesetzgeber gegen die Pupillen. Nicht nur Verwandte des Pupillen, sondern auch andere, die nur Freundinnen von ihm sind, können anklagen. Der Pupill selbst hingegen wird zur Anklage nicht gelassen; weil ihn seine Jugend hindert, einen gerichtlichen Vortrag zu thun, (personam standi in iudicio non habet). Dieser Mangel steht dem Minderjährigen nicht im Wege; daher kann er den Curator anklagen. Nur müssen die Verwandte in die Anklage willigen; weil der Minderjährige für sich allein nicht Einsicht genug hat. Klagt niemand den ungetreuen Vormund an: so ist die Obrigkeit Amtswegen (ex officio) schuldig, einen Ankläger zu bestellen, und nach untersuchter Sache den ungetreuen Vormund zu removiren. Indessen geschah dieß bey den Römern selten; weil die römische Magistratus gar weitläuftige Jurisdictionsbezirke hatten, und die Vormundsrechnungen erst zu Ende der Tutel abgelegt wurden. In Deutschland sind dergleichen von Amtswegen geschehene Absetzungen häufiger; denn unsere Obrigkeiten haben kleinere Gerichtssprengel, und nehmen den Vormündern alle Jahr die Rechnung ab; erfahren also leichter, als die römische Magistratus, des Vormundes üble Haushaltung.

§. 253. Welche Vormünder können angeklagt werden?

Alle Vormünder, die nicht pflichtmäßig wirthschaften, können angeklagt und abgesetzt werden. Wie aber wann der angeklagte Vormund Besserung verspricht, und sich zu einer hinlänglichen Caution offerirt? Dieß hilft ihm nichts. Dann die Rechtsgelehrte haben die Regel: es ist besser einen Schaden verhüten als ihn geschehen lassen, und sich dann erst nach Heilungsmitteln umzusehen; (melius est ab initio rem sartam tectam seruare, quam vulnerata causa remedium quaerere), und die Caution setzt auch den Pupillen nur

gegen

gegen erweißlichen Schaden in Sicherheit. Wie manchen Schaden aber kann der Vormund thun, welcher verborgen bleibt, oder nicht erweißlich ist. Oder, wie es in dem §. 12. l. h. t. heist: satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat.

Auch gesetzliche Vormünder können removirt werden. Weil sie aber doch mit dem Pupillen nahe verwandt sind: so gereicht ihre Absetzung auch diesem zur Beschimpfung; dann einen untreuen schlechten Mann zum Vetter zu haben, ist keine Ehre. Daher giebt man lieber in diesem Falle dem ungetreuen Tutor, statt ihn ganz abzusetzen, nur einen Curator bey, der die Verwaltung der Güter über sich nimmt (* 1).

(1) *Brenkmann* de evrematicis, cap. 6. p. 88.

§ 254. Zweck dieser Anklage.

Die Anklage von der wir reden, hat den Zweck, daß der untreue Vormund abgesetzt werde. I.) Weil es aber gefährlich wäre, während des Processes den Vormund noch sein Amt fortführen zu lassen, und man es ihm doch auch nicht gänzlich nehmen kann, ehe er überwiesen und verurtheilt ist: so suspendirt man ihn während dieser Zeit. II.) Wird er unschuldig befunden: so bekommt er die Tutel wieder: ist er aber schuldig, so wird er abgesetzt, und dabey für infam erklärt, wann er eines Betrugs überführt worden ist. Viele Juristen behaupten zwar, der Vormund werde auch ehrlos, wann er sich die äusserste Nachläßigkeit zu Schulden kommen lasse (* 1); aber richtiger ist, daß er in diesem Fall seiner Ehre ohne Schaden removirt werde (* 2). Die §. 6. I. h. t. fast ausdrücklich: suspectus autem remotus, si quidem ob dolum famosus est, si ob culpam non aeque. Auf gleiche Weise redet Ulpian in der L. 3. §. 5. und L. 18. D. h. t. auch Diocletian in der L. fin. C. h. t. In der L. 7. §. 1. D. h. t. heist es: si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc *quasi suspectum* oportet. Anderer Gründe nicht zu gedenken.

(1) *Bachov* ad *Treutlerum* Vol. 2. disp. 9. thes. 4. *Vinnius* ad §. 6. I. h. t. Wenigstens alsdann, wann er in seinen eigenen Geschäften weniger nachläßig sey. *Huber* h. t. §. 7.

(2) *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 14. *Franzk.* exercit. 3. Q. 8. *Brunnemann* ad L. 2. et fin. C. h. t. *Struv* Exercit. thes. 52. et 55. ibique *Müller*. *Otto* ad §. 6. I. h. t. *Grimmeisen* diss. de tutore ob culpam latam remoto haud infami, Marb. 1753.

§ 255. Fortsetzung.

Zuweilen wird die Anklage des Vormundes auch dahin gerichtet, daß er mit willkührlichen Strafen belegt werde. Dieß geschiehet, wann der Vormund in einem hohen Grade treulos und boshaft gegen den Pupillen gehandelt,

handelt, z. E. ihm nach dem Leben gestanden hat; und in diesem Fall lieferte ihn der Prätor an den Präfectus Urbi, als den peinlichen Richter in Rom aus, um ihm die gebührende Strafe zu dictiren.

§. 256. Beendigung derselben.

Die Anklage des verdächtigen Vormundes ist darauf gerichtet, daß er removirt und allenfalls auch mit einer Strafe belegt werde. Beyde Zwecke fallen weg, wann der angeklagte Vormund während des Processes stirbt. Sobald also dieses geschieht, hört der ganze Proceß auf. Wird die Vormundschaft auf andere Weise, z. E. weil der Pupill mündig wird, geendigt: so hört der Proceß nur in so weit auf, als auf die Remotion des Vormundes geklagt worden ist; aber der gebührenden Bestrafung wegen kann er fortgesetzt werden. Fragt man aber, wie kommt dann der Pupill zu seiner Entschädigung: so ist die Antwort: durch die Klagen, welche wir oben kennen gelernt haben: *actionem tutelae* gegen des Vormundes Erben; *actionem ex stipulatu* gegen die Bürgen; *actionem hypothecariam* gegen die, welche etwas von dem Vermögen des Vormundes an sich gebracht haben, und durch die *actionem subsidiariam* gegen die Obrigkeit.

§. 257. Deutsches Recht.

Heutigestages sind die Anklagen untreuer Vormünder selten; dann die Obrigkeit muß jährlich Rechnung von den Vormündern fordern. Daraus ergiebt sich meistens schon, ob sie gut oder schlecht wirthschaften. Wann sich das letzte zeigt: so muß die Obrigkeit von Amtswegen eine Untersuchung anstellen, und darf auf keinen Ankläger warten.

LIB. II. TIT. I.

De rerum diuisione et adquirendo earum dominio.

§. 258. Uebergang zu dieser Lehre.

Oben ist schon bemerkt worden, daß die Verfasser der Institutionen der Jurisprudenz drey Gegenstände zuschreiben: sie sagen, die drey Rechtsobjecte sind **Personen, Sachen und Klagen.** Der erste dieser Gegenstände

genstände ist bisher abgehandelt worden. In dem gegenwärtigen zweyten Buche, auch noch im dritten und Anfang des vierten wird von dem zweyten Object, den Sachen, gehandelt werden.

§. 259. 260. Was sind Sachen?

Die erste Frage muß also hier seyn; was sind Sachen? Die Juristen machen einen Unterschied zwischen Sachen und Gelde. Sowohl jenes als dieses Wort hat dreyerley Bedeutungen. Sachen im weitläuftigsten Verstande sind alle Gegenstände des Rechts, die nicht Personen und nicht Klagen sind. Also auch Handlungen, Verträge, Testamente und andere letzte Willensverordnungen gehören hierher. Im engern Verstande aber sind Sachen diejenige Rechtsobjecte, welche keine Personen, keine Klagen und keine facta sind. So sagt man z. E. promittitur *aut res aut factum*, und setzt also die Sachen den factis entgegen. Endlich im allerengsten Sinne bedeutet res die körperliche Dinge, oder zusammengesetzte Substanzen; und so wird es genommen, wann man res und iura einander entgegen setzt. Man sehe unten §. 364. * *Pecunia* hingegen in der weitläuftigsten Bedeutung ist alles, was ein Mensch wirklich im Vermögen hat. In diesem Verstande nehmen es die Gesetze der 12 Tafeln, wann sie sagen: uti pater familias legassit super pecunia sua, ita ius esto. In engerer Bedeutung begreift dieß Wort nur die fungibele Sachen, d. i. bewegliche Sachen, von denen man im Commerz so viel an Maaß, Zahl und Gewicht bekommen kann, als man verlangt. In dieser Bedeutung kommt es in der L. 19. et 30. D. de legat. I. vor. Endlich pecunia in der strengsten Bedeutung ist geprägtes Metall (* 1).

(1) *Brisson.* de verb. signif. voc. pecunia. *Westenberg* de caus. obligat. diff. 3. cap. 2. §. 11.

§. 261. Eintheilung der Sachen.

Die Sachen sind nach dem römischen Recht entweder *diuini*, oder *humani iuris*; die erstere entweder *sacrae*, oder *sanctae*, oder *religiosae*. Nemlich res diuini iuris heist eine Sache, die aus Religionsgründen dem Commerz entzogen ist, (commercio hominum exemta est Deorum gratia.) Ist sie zum Gottesdienst bestimmt: so heist sie *res sacra*. Wann sie zur Aufbewahrung eines menschlichen Leichnams, und zur Ehre eines Verstorbenen dient: so heist sie *res religiosa*. Endlich res sancta, ist eine Sache, die des öffentlichen Besten wegen durch eine Poenalsanction gegen Beleidigungen gesichert ist. Das heist eine Sache, in oder an welcher man sich nicht vergehen darf, ohne sich einer härteren Strafe auszusetzen, als diese Vergehung bey andern Dingen nach sich zieht. Diese

res ſanctae werden alſo nur uneigentlich zu den rebus diuini iuris gerechnet. Dann ſie ſind dem Commerz nicht entzogen, und haben keine Verbindung mit Religion (* 1); blos darum weil ſie eben ſo heilig und unverletzlich ſind, als res diuini iuris, hat man ſie dieſen beygezählt.

(1) *D'Arnaud* var. coniect. L. 1. cap. 14.

§. 262. Was ſind res ſacrae?

Res ſacrae alſo waren Dinge, die man den Göttern conſecrirt hatte; Tempel, Kapellen, Altäre, Opfergeräthſchaft und dergleichen. Dieſe Conſecration geſchah von den pontificibus; und in den Zeiten der Kayſer auch von dieſen; weil ſie den Titel und das Amt eines pontifex maximus führten. Unſer Autor (* 1) behauptet in der alten Edition dieſes Buchs, (§. 314.) die res ſacrae wären nur den Diis ſuperis, den Himmelsgöttern geweiht geweſen; aber ohne Grund, dann man findet häufig, daß Tempel, Altäre, und andere heilige Sachen den Höllengöttern, dem Pluto und der Proſerpine, auch Halbgöttern z. E. dem Hercules geweiht waren (* 2).

(1) Auch *Polyc. Leyſer* diſſ. de veterum ICtorum diviſionibus non iuridicis, pag. 8

(2) *Leyſer* ſp. 22. med. 1. *Otto* ad § 8. I. h. t.

§. 263. Grundſätze von dieſen Dingen.

Die res ſacrae waren nach römiſchen Grundſätzen den Göttern eigen. Sie gehörten alſo 1) keinem Menſchen. Folglich konnten ſie 2) nicht geſchätzet, nicht verpfändet, nicht veräuſſert, und nicht zu einem profanen Gebrauch angewendet werden. Und wann 3) auch ein heiliges Gebäude zuſammen fiel, oder abgebrochen wurde, ſo blieb doch der Platz heilig. Nur alsdann wann a) ein Ort von den Feinden erobert wurde, hörten die darin befindliche Tempel, Altäre, u. ſ. w. auf heilig zu ſeyn. Dann man glaubte, die Götter hätten den Ort verlaſſen. Oder b) wann die Prieſter eine heilige Sache durch eine Ceremonie, welche *evocatio ſacrorum* hieß, entweihten.

§. 264. Was ſind res religioſae?

Res religioſae waren Gräber und Grabmäler (* 1). Die Römer glaubten, daß jeder Menſch ſeine manes habe; eine Art von geiſtigem Weſen, welches in und um ihn wäre, und auch nach dem Tode den Leichnam nicht verlaſſe. Daher hielten ſie Gräber und Grabmale für etwas heiliges, und ſetzten gewöhnlich die Ueberſchrift M. S. oder D. M. S. das heiſt Manibus ſacrum, Diis Manibus ſacrum darauf. Ein jeder Ort wurde alſo locus religioſus, ſo bald ich einen Todten hineinlegte. Nur mußte es a) locus *privatus* ſeyn; dann an einen öffentlichen Platz, der nicht zu Begräbniſſen beſtimmt

stimmt war, durfte man keine Leiche legen (* 2); b) *proprius.* Wann ich ein Cadaver auf eines andern Platz begrub, so konnte er mich belangen, es entweder wieder wegzunehmen, oder den Platz zu bezahlen. c) *purus.* Wann schon vor Zeiten Leichname an dem Ort gelegen hatten, so wurde er nicht jetzt erst religiosus.

(1) *Georg. Christoph. Platz* de religione sepulchrorum, Lipſ. 1725.
(2) Locus publicus non potest privata religione obligari, sagt *Cic.* de legib. lib. 2. cap. 23.

§. 265. Fortsetzung.

Daraus folgt, 1) ein Cenotaphium ist nicht locus religiosus. Ein Cenotaphium oder Ehrenbegräbniß errichtete man einem, wenn man seinen Leichnam nicht haben konnte, z. E. weil er im Krieg verlohren gegangen, oder ertrunken war. Weil in einem solchen Begräbniß kein Leichnam, und folglich keine manes waren; so war es nicht heilig (* 1). 2) Die Gräber konnten nicht gekauft, verkauft, verpfändet, verschenkt, vermacht werden ꝛc. Das Recht, einen Leichnam in mein Grab zu legen, konnte ich einem geben, aber das Grab selbst war kein Stück meines Vermögens (non erat in bonis); und konnte also auch nicht auf andere übertragen werden. Wann ich indessen auf meinem Land eine Grabstätte hatte, und das Stück Land verkaufte; so bekam der Käufer auch das Grab als ein Pertinenzstück. L. 24. D. de contrah. emt. (* 2). 3) Wann ein Leichnam an verschiedenen Orten begraben war, weil man z. E. nach einem Treffen nur einige Glieder gefunden hatte, so war nur der Ort religiös, wo der Kopf lag (* 3) 4) Wann ich einen Leichnam an einen Ort legte, welcher dem Staat oder einem andern Bürger gehörte: so war ich zwar nicht schlechterdings schuldig, ihn wegzunehmen; dann die manes wurden, wie man glaubte, dadurch gestöhrt; sondern ich hatte nur die alternative Verbindlichkeit, entweder das Cadaver wegzunehmen, oder den Werth des Orts zu bezahlen. 5) Der Platz, wo ein Todter gelegen hatte, war so lange religiös, bis die Asche und Gebeine durch die Pontifices weggebracht wurden. Da sich dieß alles auf den Aberglauben an die manes bezog: so ist zu verwundern, daß noch die christliche Kayser Valentinian, Theodosius und Arcadius das angeführte Gesetz darauf gründen.

(1) *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 5.
(2) *Ant. Matthaei* A. F. A. N. commentar. ad l. h. t. n. 71.
(3) *Cannegieter* l. c. lib. 1. cap. 14.

§. 266. Was sind res und personae sanctae?

Sanctum heist alles, was in einem höhern Grade unverletzlich ist; woran sich niemand bey schwerer Strafe vergreifen darf. Man hat daher

heilige Sachen, und heilige Personen. Heilige Sachen waren die Stadtmauern; der Gang ausser der Mauer (pomoerium); die Pallisaden des Lagers, (vallum); die Thore; die Statuen der Kayser ꝛc. Heilige Personen waren die Eltern, Patronen, Tribunen des Plebs, die Gesandten, die Kayser ꝛc.

§. 267. Fortsetzung.

Niemand konnte daher 1) etwas in die Mauer oder Thore bauen; z. E. einen Keller hinein graben, Balken hinein legen, ein Gebäude darauf setzen. 2) Nicht einmal repariren durfte man sie ohne des Landesherrn, oder in den Provinzen ohne des Gouverneurs Einwilligung. 3) Wer aus feindseligen Absichten über die Mauern stieg, oder sie verdarb, hatte das Leben verwirkt. Daß Remus von seinem Bruder Romulus unter diesem Vorwande erschlagen wurde, ist aus der römischen Geschichte bekannt.

§. 268. Ideen der ersten Christen in Ansehung der heiligen Sachen.

Daß das bisher vorgetragene nach Aberglauben schmecke, bedarf kaum einer Erinnerung. Dann Superstition ist es, daß gewisse Sachen ein besonderes Eigenthum, eine Wohnung der Götter seyen; und in den Gräbern manes oder Geister sich aufhalten. Indessen hat sich doch die Meynung, daß eine Sache durch die Consecration eine innere Heiligkeit erhalte, und ein besonderes Eigenthum Gottes werde; daß diese Sachen also nicht taxirt, nicht verpfändet und nicht veräussert werden dürften, auch bey den Christen erhalten. Die heydnische Priester hatten sie zu ihrem Vortheil ausgedacht. Dann wann eine heilige Sache nicht wieder profan werden kann: so wird die Zahl dieser Sachen immer vermehrt und nie vermindert. Den Kirchenvätern, welche in der Philosophie nicht sehr stark waren, schienen diese Grundsätze fromm und religiös, und die Clerisey fand ihre Rechnung dabey. Daher wurden Kirchen, Mauern, Altäre, Gräber u. s. w. theils Gott, theils den Heiligen geweihet; und die Lehre, daß diese Dinge dem Commerz dadurch entzogen würden, herrscht im Titel des Codex de S. S. Ecclesiis, und im ganzen canonischen Rechte.

§. 269. Was sind res ecclesiasticae?

Man behielt also die res sacras bey, und es kam noch eine neue Art von Dingen dazu, die man res ecclesiasticas nennte, und welche darin von jenen unterschieden ist, daß jene unmittelbar, diese nur mittelbar zum Gottesdienst abzwecken. Man versteht nemlich darunter Kirchengüter, liegende Gründe, Capitalien, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Besoldung der Kirchendiener, Unterhaltung der Kirchengebäude, und Bestreitung anderer Ausgaben dienen.

dienen. Diese Dinge können veräussert werden, wann es nöthig, oder der Kirche nützlich ist. Die Veräusserung ist also erlaubt, wann die Kirche Schulden hat, und sie nicht anderst als durch Angreifung ihrer Güter tilgen kann. Oder die Kirche hat liegende Güter, die sich schlecht verintereſſiren; das Kaufgeld aber kann sicher und auf höhere Zinsen ausgeliehen werden. Nur ist nöthig, daß der Bischof eine Untersuchung anstelle, und alsdann ein Veräusserungsdecret ertheile.

§. 270. Lehrsätze des canonischen Rechts von den religiosen Sachen.

Das canonische Recht hat auch die res religiosas beybehalten: wiewohl nicht ganz in dem Sinne, wie das römische Recht. Es rechnet nemlich unter die res religiosas nicht nur Gräber und Todtenäcker, sondern auch alle milde Stiftungen, (quae piae causae inseruiunt) Hospitäler, (xenodochia) Waysenhäuser, (orphanotrophea) und Armenhäuser, (ptochotrophea). Daher werden die Todtenäcker mit Weihwasser benediciret, und sind der geistlichen Jurisdiction des Bischofs unterworfen. Auch werden Ketzer, Heyden und Excommunicirte nicht auf solche geweihte Gottesäcker begraben. Protestanten aber dürfen nach den im Religions- und Westphälischen Frieden aufgestellten Grundsätzen davon nicht ausgeschlossen werden.

§. 271. Protestantische Begriffe.

Was die Lehre der Protestanten in diesem Punct betrift, so glauben wir 1) nicht, daß Sachen, welche bey dem Gottesdienste gebraucht werden, eine innere Heiligkeit hätten, und ein besonderes göttliches Eigenthum, mehr als andere Dinge, wären. Will jemand indessen diese Dinge res sacras nennen, so kann man ihm die Benennung wohl erlauben. 2) Wir veräussern auch diese Sachen, so wie die (res ecclesiasticas), wann es die Noth, oder der Nutzen der Kirche erfordert; nur muß das Consistorium die Sache untersuchen, und die Alienation erlauben. 3) Wir haben geheiligte Sachen und geheiligte Personen, (res sanctas et personas sanctas); und noch mehr als die Römer. Alle öffentliche Personen, Gesandte, Obrigkeiten, Gerichtsdiener, Soldaten, doch die drey letztere nur alsdann, wann sie in der Ausübung ihres Amtes und Dienstes begriffen sind, sind heilig. Dann wer sie alsdann beleidiget, setzt sich einer härtern Strafe aus. Geheiligte Sachen sind Residenzen und Wohnungen des Landesherrn; auch andere Oerter, an welchen vermöge besonderer Gesetze Niemand bey schwerer Strafe freveln darf. Man nennt diese Heiligkeit der Residenzen Schlösser und anderer privilegirten Oerter den Burgfrieden. Einem jeden sein eigenes Haus, dann wer mich in meinem Hause beleidigt, ist strafbarer, als wer es anderwärts thut; er beleidigt, wie man sagt, den Hausfrieden (* 1): die öffentliche Oerter, wo jemand

sein Amt ausübt, z. E. Fechtboden, Tanzboden, Reitbahne ꝛc. 4) Will jemand Gräber und Todtenäcker res religiosas nennen, so ist es kein Fehler. Aber da wir an die manes nicht glauben, so rechnet man doch schicklicher diese Dinge unter die res sanctas. Dann wer sich daran vergreift, wird mit einer härtern Strafe belegt, als wer andere Sachen violirt. Die Begräbnisse in Kirchen und auf Todtenäckern sind auch bey uns dem Commerz nicht entzogen, sondern können verkauft, verschenkt, vermacht werden, u. s. w. so gut wie andere Dinge. Endlich weihen wir auch die Todtenäcker nicht, und schliessen daher keine christliche Secte, auch keinen Ketzer davon aus.

(1) *Io Sam. Stryk* diss. de sanctitate residentiarum. Estors kl. Schriften, 2 Th. 467. u f. Seite.

(2) *Georg. Beyer* diss. de violatione securitatis domesticae, in opusc. n. 7. *Frid. Gottl. Struv* tract. de pace domestica Ien. 1713. 4. *Frid. Gerdes* diss. de pace domest. in Opp. Part. 2. p. 225. sqq.

§. 272. Eintheilung der rerum humani iuris

Die res humani iuris sind entweder in dem Eigenthum der Menschen, oder nicht. Die letzte heissen *res communes negatiue tales*, *res nullius*, herrenlose Sachen. Die erste sind entweder im Eigenthum eines ganzen Volkes, oder einer Universitas, oder einzelner Menschen; also entweder Staatsgüter *(res publicae)*; oder Allmandsgüter *(res universitatis:* oder Privatvermögen *(res priuatae, res singulorum)*. S. die 10. Tabelle. Hiebey ist noch zweyerley anzumerken. 1) Das Wort publicae res bedeutet zuweilen alle Sachen, welche nicht im Eigenthum einzelner Menschen sind, begreift also die res communes, res populi und res universitatis. Daher kommt es, daß die römische Juristen dieselbe Sache bald zu den rebus publicis bald zu den communibus rechnen (* 1). 2) Verschiedene Rechtsgelehrten behaupten (* 2), daß die Römer keinen Unterschied zwischen rebus publicis und communibus gemacht hätten; allein ohne Grund, wie die unten (* 3) angeführte Schriftsteller zeigen.

(1) *Waechtler* in not. ad Noodt. probabil. lib. 1. cap. 7. in opusculis *Waechtleri* p. 220. *Westenberg* ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 15. sqq.

(2) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 7. et. 8. *Gundling* ad Dig lib. 1. tit. 8. §. 14. *Barbeyrac* ad Grot. de iure bell. et pac. lib. 2. cap. 3. §. 9. not. 5. *Cocceii* ad *Grot.* l. c. p. 387.

(3) *Bonell* in commentar. iur. civ. lib. 4. cap. 2. 3. 4. *Maranus* in paratitl. digest. lib. 1. tit. 8. p. 133. *Vinnius* ad pr. Inst h. t. *Schulting* in enarrat. ad Pand. lib. 1. tit. 8. §. 3. *Huber* praelect. ad Inst. h. t. *Costa* in not. ad pr. Inst. h. t. *Waechtler* l. c. p. 255. sqq. *Otto* ad pr. Inst. h. t. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 1. cap. 2. p. 37. *Gottfr. Mascov* ad *Pufendorf* de I N. et G. lib. 5. cap. 5. §. 2. not. 4. p. 538. *G. L. Boehmer* diss. de iure Principis circa

circa loca et opera publica, cap. 2. §. 5. ſqq. in Elect. iur. civ. Tom. 1. p. 594 ſqq.

§. 273. Was ſind res nullius, publicae und uniuerſitatis?

Sachen alſo, welche in keines Menſchen Eigenthum ſind, die aber doch jedermann gebrauchen darf, heiſſen nullius, oder communes negatiue tales. Ich ſage *negatiue*. Dann wann eine Sache mehrern Menſchen gehört: ſo heiſt ſie auch communis, aber *affirmatiue talis*. (§. 290.) Publicae res gehören einem ganzen Staate, einem ganzen Volke. Res uniuerſitatis endlich ſind im Eigenthum einer Universitas. *Uniuerſitas*, nemlich *perſonarum*, iſt eine Geſellſchaft mehrerer Menſchen im Staate, welche ſich unter öffentlicher Auctorität zu einem gewiſſen und beſtändigen Zweck vereiniget haben (*1). Dergleichen ſind Stadt- und Dorfgemeinden, Gilden oder Zünfte, Academien u. ſ. w.

(1) *Caſp. Henr. Horn* diſſ. de poſſeſſione uniuerſitatis et quomodo ab eadem poſſedeatur. (Viteb. 1701.) §. 6. ſqq. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. cap 1. §. 13. p. 578. ſqq.

§. 274. Sachen die zu jeder Gattung gehören.

Herrenloſe Sachen ſind nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts a) die **Luft**. Dann niemand iſt Eigenthümer derſelben; jeder Menſch aber kann ſie gebrauchen, wie und wozu er will. Nur bemerke man, daß die Luftſäule, welche über einem Grundſtück ſtehet, dem Herrn des Grundſtücks gehört; dergeſtalt, daß kein anderer einen Theil ſeines Gebäudes, Erker, Wetterdach u. d. g. hinein ragen laſſen darf. (§. 359.) Ferner b) das **vorbeyflieſſende Waſſer**. Aus einem Fluſſe nemlich kann jeder Menſch Waſſer ſchöpfen, ſo viel er braucht. c) Das **Meer**. Die See iſt niemanden eigen; niemand darf nach römiſchem Recht abgehalten werden, ſie zu beſchiffen. Auch d) die wilden Thiere gehören nach römiſchem Recht unter die res nullius; daher iſt jedermann die Jagd erlaubt. Publicae res ſind die **Seeküſten**, die **Flüſſe**, **Ufer der Flüſſe**, **Seehäfen**, **Landesſtraſen**, öffentliche **Plätze**, *fundi publici*, Aecker, Wieſen, welche dem ganzen Staate gehörten ꝛc. Das Schöpfen des Flußwaſſers nemlich iſt, wie geſagt, jedem Menſchen erlaubt; allein die übrige Nutzungen der Flüſſe gehören dem Volke, durch deſſen Territorium ſie flieſſen. Eben ſo verſtatteten die römiſche Geſetze allen Menſchen einen unſchädlichen Gebrauch der Seeküſten; allein die Küſte ſelbſt, ſo wie die Häfen, und die daraus zu ziehende Nutzungen eigneten ſie dem Volke zu, in deſſen Gebiet ſie ſich befinden. Res uniuerſitatis ſind die Schauſpielhäuſer, Rennbahnen, (ſtadia) Rathhäuſer, liegende Güter, Wälder, Wieſen, Aecker, Viehtriften, Gefälle und Capitalien die einer Univerſitas gehören, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuſer ꝛc.

§. 275.

§. 275. Zwey Gattungen der rerum uniuerſitatis und publicarum.

Sowohl die res publicae als die res uniuerſitatis ſind von zweyerley Art. Nemlich die publicae ſind entweder *publicae res* im ſtrengen Verſtand, oder *patrimonium populi*; und die res uniuerſitatis ebenfalls entweder eigentliche *res uniuerſitatis*, oder *patrimonium uniuerſitatis*. Publicae res in eigentlichem Verſtande ſind ein Eigenthum des ganzen Volkes, und jeder Bürger darf ſie gebrauchen. Dergleichen ſind die Flüſſe, Ufer der Flüſſe, Seehäfen, Landſtraſſen. Hingegen ſolche Dinge, welche zwar dem ganzen Volke gehören, aber doch nicht jedem einzelnen Bürger zum Gebrauch verſtattet ſind, gehören zum patrimonium populi ſ. reipublicae. Dahin gehören die fundi publici und alle Einkünfte des Staates (* 1). Auf gleiche Weiſe verſteht man unter den eigentlichen rebus uniuerſitatis, Sachen, welche der ganzen Univerſitas gehören, und jedes Mitglied der Univerſitas gebrauchen darf. Unter dem patrimonio uniuerſitatis aber Dinge, deren Gebrauch nicht jedem Mitglied der Univerſitas erlaubt iſt; ſondern deren Nutzungen zum gemeinen Beſten der Univerſitas verwendet werden. Z. E. gemeine Triften, gemeine Brunnen, Backöfen, Brauhäuſer, Todtenäcker ſind res vniuerſitatis in engerer Bedeutung, dann jedes Mitglied der Gemeinde kann Gebrauch davon machen. Aber Capitalien und Gefälle gehören zum Patrimonium der Univerſitas. Dann ſie werden zu Beſtreitung der gemeinen Ausgaben verwendet, und die einzelne Mitglieder der Univerſitas ſind nicht befugt, ſie zu benutzen. So war auch bey den Römern ein ſeruus publicus keine res vniuerſitatis ſtricte, ſondern patrimonium vniuerſitatis. Er mußte im Dienſte der ganzen Univerſitas, aber nicht jedes einzelnen Mitgliedes arbeiten.

(1) L. 6. pr. de contrah. emt. *G. L. Boehmer* diſſ. cit. cap. 1. §. 2.

§. 276. Deutſches Recht.

Die bisher vorgetragene Grundſätze des römiſchen Rechts ſind heutigestages nicht durchaus angenommen. Dann nicht jeder Bürger darf die Dinge gebrauchen, welche der Römer ad res nullius oder publicas ſtricte rechnet, und jedem Menſchen oder Bürger zu brauchen erlaubt. Sie ſind an den meiſten Orten zu den Regalien gezogen worden. Die Landesherren haben den Gebrauch dieſer Dinge gröſtentheils an ſich gezogen, weil ſie einen anſehnlichen Nutzen daraus ziehen können; anſtatt, daß wenn ſie publik ſind, und jedem zum Gebrauche frey ſtehen, ſie bald erſchöpft und zernichtet werden. Z. E. aus der Jagd und Fiſcherey kann der Landesherr Nutzen ziehen, wann ſie ihm allein zuſteht; aber ſobald jedermann jagen und fiſchen darf, wird die Wildbahn und Fiſcherey in kurzer Zeit gänzlich ruinirt ſeyn. Auch die Luft,

ſobald

ſobald daraus ein wichtiger und beſonderer Nutzen gezogen werden will, gehört dem Landesherrn. Daher kann niemand ohne deſſen Erlaubniß eine Windmühle anlegen (* 1). Ueber das Eigenthum des Meeres iſt in den neuern Zeiten viel geſchrieben worden. Beſonders iſt des Grotius Schrift mare liberum, und Seldens mare clauſum berühmt. Allgemeines und willkührliches Völkerrecht ſtimmen darin überein, daß der Ocean niemanden eigenthümlich zugehöre, noch zugehören könne; daß aber kleinere Meere im Eigenthum eines Volks ſeyn können, und daß auch der an das Land gränzende Theil des Oceans dem Volke gehöre, welchem das Land gehört.

(1) *Stryk* diſſ. de iure Principis aereo, cap. 4. n. 16. Opp. tom. 5. p. 624. *Klock* de aerar. lib. 2. cap. 8. n. 3. *Sam.*

§. 277. Von Privatſachen.

Privatgüter ſind Sachen, die einzelnen Menſchen gehören, das heiſt einem oder mehrern; nur müſſen die mehrere kein Volk ausmachen, ſonſt iſt die Sache res publica; auch keine uniuerſitatem, dann in dieſem Fall wäre es res uniuerſitatis.

§. 278. Eintheilung der Sachen in res uniuerſales und ſingulares.

Die zweyte Eintheilung der Dinge, welche in dieſem Titel vorkommt, iſt die in einzelne und allgemeine, *res ſingulares* und *uniuerſales*. Res ſingularis nemlich heiſt 1) eine körperliche Sache, die entweder a) zuſammenhängende homogene Theile hat; dergeſtalt, daß man nicht ſagen kann, hier hört der eine Theil auf, hier fängt der andere an, z. E. ein Tiſch, ein Bogen Papier; oder b) deren Theile zwar von verſchiedener Art, aber doch mit einander verbunden ſind, z. E. ein Haus, eine Uhr. 2) Wird auch ein einziges Recht z. E. das Eigenthumsrecht auf eine Sache, eine Servitut u. ſ. w. res ſingularis genennt. Res uniuerſalis aber, oder uniuerſitas rerum beſtehet aus mehreren, von einander verſchiedenen und abgeſonderten Dingen, die zuſammen als Ein Ding angeſehen, und unter Einem gemeinſchaftlichen Namen begriffen werden. Z. E. eine Erbſchaft kann aus vielerley beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Dingen beſtehen. Dieſe alle zuſammen aber werden Erbſchaft genennt, und als Ein Ding angeſehen. Daher iſt die Erbſchaft eine res uniuerſitatis, oder uniuerſitas rerum. Eine Bibliothek beſteht aus mehreren Büchern, die aber zuſammen ein ganzes ausmachen, und einen gemeinſchaftlichen Namen führen. Sie iſt alſo auch eine uniuerſitas, oder res uniuerſalis.

Dieſe uniuerſitates aber ſind wieder zweyerley, entweder *iuris*, oder *hominis ſeu facti*. Die uniuerſitas iuris iſt a) von den Geſetzen ſelbſt für eine uniuerſitatem erklärt; b) die Geſetze verordnen, daß bey ihr die Regel gelten

ſoll: ſurrogatum ſapit naturam eius, in cuius locum ſurrogatum eſt, oder pretium ſuccedit in locum rei et res in locum pretii; das heiſt, wann eine Sache verkauft wird, die zu einer uniuerſitate iuris z. E. einer Erbſchaft gehöret, ſo iſt der Kaufſchilling auch ein Erbſchaftsſtück, (pretium ſuccedit in locum rei); desgleichen wann der Beſitzer einer Erbſchaft Geld aus der Erbſchaftsmaſſe nimmt, und damit eine Sache für die Erbſchaft (hereditatis cauſa) ankauft, ſo wird auch dieſe Sache ein Erbſchaftsſtück (res ſuccedit in locum pretii.) c) Die uniuerſitas iuris kann Rechte in ſich faſſen, z. E. zu einer Erbſchaft können Activforderungen gehören.

Alles dieſes verhält ſich anders in der uniuerſitate hominis oder facti. Dieſe iſt a) von den Geſetzen nicht als eine uniuerſitas anerkannt. b) Die Regel gilt bey ihr nicht, res ſuccedit in locum pretii, et pretium in locum rei, ſo wenig als bey einer re ſingulari. Wann z. E. jemand ein Waarenlager als das Seinige beſitzt, das mir gehört, und etwas daraus verkauft: ſo iſt das Geld nicht mein. So auch, wann jemand eine einzelne mir geſtohlene Sache verkauft: ſo iſt der daraus erlöſete Kaufſchilling nicht mein. L. 48. §. ult. D. de furt. Und wann jemand mit meinem Gelde eine Sache kauft: ſo iſt die Sache darum nicht mein. L. 21. C. de probat. c) Die uniuerſitas hominis kann keine Gerechtigkeiten und Anſprüche in ſich faſſen.

Uniuerſitates iuris finden ſich im römiſchen Recht nur zwey: Erbſchaft und *peculium*, Erbſchaft heiſt das geſamte Vermögen eines Verſtorbenen, peculium das Vermögen eines filii familias. M. ſ. unten §. 451. ſqq. Hingegen giebt es unzählige uniuerſitates hominis; z. E. eine Bibliothek; eine Heerde; ein Waarenlager; die Brautgabe einer Ehefrau; das Ameublement eines Hauſes; das Inventarium oder Schiff und Geſchirr eines Landgutes; das Handwerkszeug eines Profeſſioniſten; das Sortiment eines Buchhändlers, in Sachſen die Gerade und das Heergewelle. ꝛc.

§. 279. Die Dinge ſind entweder res mancipi oder nec mancipi.

Die dritte Eintheilung der Dinge iſt: res vel *mancipi* ſunt, vel nec *mancipi*. Die Beſchaffenheit dieſer Eintheilung iſt nicht ganz ausgemacht. Bynkershoek, Conradi, Hommel, Meermann, Rosmann und andere haben in beſondern Schriften davon gehandelt (* 1). So viel weiß man wohl aus der angeführten Stelle Ulpians, daß die Häuſer und liegende Güter in Italien mit den ihnen anklebenden Rechten, die Sklaven und Laſtthiere res mancipi waren. Allein was war das Fundament und der Nutzen dieſer ganzen Diſtinction? Herr von Pufendorf am a. O. glaubt, daß es in dem Cenſus liege. Ein jeder Römer mußte ſeine Häuſer, liegende Güter, Sklaven und Laſtthiere in dem Schatzungsprotocoll einzeln und namentlich

mentlich angeben, sein übriges Vermögen taxirte er überhaupt, und gab nur die Summe an. Jene Sachen, die man namentlich protocollirte, hiessen res mancipi, alle andere nec mancipi. Die res mancipi konnten auch nicht anderst von einem Bürger auf den andern übertragen werden, als durch eine solenne Handlung, welche *mancipatio* oder *nexus* hieß, und bey der wahrscheinlich eine öffentliche Person zugegen war. Diese mancipatio hatte also ungefehr den Endzweck, wie das Ab- und Zuschreiben in den Steuerbüchern, welches heutigestages gewöhnlich ist, wann liegende Güter veräussert werden.

Die vierte Distinction der Dinge, die Eintheilung nemlich in körperliche und unkörperliche, wird in einem eigenen Titel, im zweyten dieses Buchs vorkommen. Wir gehen also, nachdem wir den ersten Theil unsers Titels, *de rerum diuisione*, abgehandelt haben, zum zweyten, *de adquirendo earum dominio*, über.

(1) Man s. die Lipenische Bibliothek, im Wort *res mancipi*.

§. 280. Das Recht ist entweder dinglich oder persönlich, oder Possessions-Recht, oder Recht zu occupiren.

Das Recht, welches einem Menschen in Ansehung einer Sache zusteht, heist *ius rerum*. Dieses ist viererley: *ius in re*, *ius ad rem*, *ius possessionis*, und *ius occupandi*. (S. die 11. Tabelle.) 1) Wann mir ein Recht unmittelbar auf eine gewisse Sache zustehet: und ich vermöge dessen gegen jeden Besitzer der Sache, welcher mir die Sache vorenthält, oder mich in der Ausübung meines Rechtes stöhret, klagen kann: so heist es ein dingliches Recht, *ius in re*. Kommt mir aber 2) das Recht gegen eine Person zu, welche verbunden ist, mir etwas zu thun, oder zu geben: so heist es ein persönliches Recht, *ius ad rem*. 3) Wann ich eine Sache besitze: so habe ich um dieses Besitzes willen gewisse Befugnisse, und diese heissen *ius possessionis*. Endlich 4) ist jeder Mensch befugt, herrenlose Sachen, res nullius, sich zuzueignen; und dieses Recht wird *ius occupandi* genennt. Insgemein sagt man omne ius rerum *vel est in re*, *vel ad rem*, und läßt die beyden andern, das ius possessionis und ius occupandi aus. Allein ohne Grund. Dann diese beyden Rechte sind eigene Gattungen, die sich weder unter das ius in re, noch unter das ius ad rem bringen lassen. Die Eintheilung des Sachenrechtes ist also unvollständig, wann man diese beyde Gattungen weglaßt. Vom Possessionsrecht wird §. 281. 282. und 283. vom dinglichen und persönlichen Rechte §. 284. u. f. f. vom Occupationsrechte §. 296. gehandelt werden.

§. 281. Was ist das Possessionsrecht?

Um die Natur des **Possessionsrechts** einsehen zu können, müssen wir zuvor lernen, was die **Possession** mit ihren verschiedenen Gattungen ist, und um dieß zu lernen, den Begriff der **Derention** verstehen.

Ich detinire eine Sache, wann ich das physische Vermögen habe, darüber zu disponiren; wann es meine Kräfte erlauben, mit der Sache vorzunehmen, was sich damit vornehmen läßt. Die **Possession** oder der **Besitz** aber heist **Derention einer körperlichen Sache, mit der Absicht, sie zu behalten.** Also zum Besitz gehöret a) **Derention**, oder physisches Vermögen, über die Sache zu disponiren, dieses drückt man auch sonst so aus: possessio est *facti* non *iuris*, der Besitz ist ein physisches Vermögen, kein moralisches, keine Befugniß. Sobald mir also meine Sache gestohlen ist: so bin ich nicht mehr im Besitze, dann ich bin nicht mehr im Stande, darüber zu disponiren. b) **Eine körperliche Sache.** Unkörperliche Sachen sind nur im Quasi Besitze. c) Absicht die Sache zu behalten; nicht gerade **als eigen** zu behalten, aber doch zu behalten z. E. als Miethsmann, als Pfandgläubiger, als Depositor, u. s. w. Wer also 1) gar keine solche Absicht hat, der ist nicht Besitzer, sondern bloser Detentor. Z. E. jemand der bey mir zum Besuch war, vergißt bey dem Abschied seinen Degen mitzunehmen. Von diesem Degen bin ich nicht Besitzer, sondern bloser Detentor, weil ich ganz und gar keine Absicht habe, ihn zu behalten. Oder ein anderes Beyspiel aus der L. 41. D. de A. v. A. P. qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere; quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.

2) Bey der Possession sind drey Fragen zu beantworten: a) **wie wird sie erworben**, b) **wie erhalten**, und c) **wie verlohren**? Sie sind leicht zu beantworten, wann man die vorhin gegebene Definition des Besitzes vor Augen behält, und wann irgend eine juristische Lehre beweist, wie nöthig und nützlich auch in der Jurisprudenz richtige Definitionen sind: so ist es die Lehre vom Besitz. Die ältere Rechtsgelehrten haben sich um eine genaue Erklärung des Besitzes viele Mühe gegeben, aber die richtige nicht gefunden. Daher ist die Materie vom Besitz immer schwer und dunkel geblieben, und es sind viele Streitigkeiten entstanden, welche unterblieben seyn würden; wann man von dem Wesen des Besitzes einen richtigen Begriff gehabt hätte.

Also die erste Frage ist: **wie wird der Besitz erworben**, und die Antwort: a) wann ich mir das physische Vermögen erwerbe: über die Sache zu disponiren (* z); b) die Absicht habe, sie zu behalten; und c) beydes durch **ein körperliches Factum** zu erkennen gebe. Nemlich eine schriftliche oder mündliche Erklärung, daß ich im Besitz sey, oder ihn haben wolle, ist nicht hinreichend;

hinreichend; sondern ich muß noch ein anderes Factum mittelst Bewegung meines Körpers vornehmen; durch ein äusserliches Zeichen zu erkennen geben, daß ich im Besitz sey. Z. E. wann ich in ein Haus gehe, es auf- und zuschliesse; oder Feuer auf dem Heerd anzünde; oder Späne aus den Posten schneide; eine Erdscholle in dem Garten ausgraben lasse; wann ich eine bewegliche Sache mit der Hand ergreiffe, oder in meine Wohnung tragen lasse; wann ich den Fisch an der Angel, den Vogel im Netze habe; wann ich das Weinfaß versiegle ꝛc. ꝛc. Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore, sagt L. 3. §. 1. D. de A. v. A. P. Dieses körperliche Factum heist *adprehensio possessionis*, die Besitzergreifung.

3) **Wie lang erhält man sich im Besitz?** So lange als man das physische Vermögen hat, über die Sache zu disponiren, und die Absicht, sie zu behalten.

4) **Wann ist der Besitz verlohren?** Sobald eines von seinen wesentlichen Erfordernissen aufhört, sobald ich entweder das physische Vermögen nicht mehr habe, darüber zu disponiren, oder die Absicht nicht mehr, die Sache zu behalten. Wann mir also die Sache gestohlen wird: so hört der Besitz auf, weil ich das physische Vermögen zu disponiren nicht mehr habe; und wann ich eine Sache derelinquire, z. E. einen Acker, der das Bauen nicht verdient, wüst liegen lasse: so hört der Besitz auf, weil die Absicht die Sache zu haben, nicht mehr vorhanden ist. Si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere, sagt Pomponius L. 25. D. de adq. vel am. poss. Der Umstand allein, daß sich ein anderer einer Disposition über meine Sache anmasset, macht nicht, daß ich den Besitz verliehre. Erst alsdann ist mein Besitz verlohren, wenn ich über die Sache disponiren will, und der andere mich abhält, si revertentes nos aliquis repellat, wie es in dem angeführten Gesetz heist; oder wenn ich höre, daß sich einer in den Besitz gesetzt habe, und mich fürchte ihn zu depossediren, si suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem. Dann jetzt ist erst das physische Vermögen, über die Sache zu disponiren verlohren.

Was heist aber die Redensart *dolo possidere desii*, die so oft bey den Juristen vorkommt? Wann ich eine Sache besitze, die einem andern gehört, und sie aus meinem Besitz wegschaffe, nur um den andern darum zu bringen: so sagt man *dolo possidere desii*. Z. E. ich besitze einen Hund, höre daß ihn jemand vindiciren will, schlage ihn deßwegen todt, oder verkaufe ihn an einen Durchreisenden, damit nur der Eigenthümer ausser Stand gesetzt werde, die Vindicationsklage anzustellen.

(1) Ein Rasender kann daher keinen Besitz erwerben. L. 1. §. 3. L. 18. §. 1. D. de A. v. A. P.

§. 282. Eintheilungen des Besitzes.

Bey dem Besitz kann man auf vier Stücke Rücksicht nehmen a) auf die Absicht des Besitzers; b) auf den Grund des Besitzes; c) auf dessen Gegenstand; und d) auf die Art zu besitzen (* 1). Sieht man a) auf die Absicht des Besitzers: so ist die Possession entweder *ciuilis*, oder *naturalis*. Wann ich nemlich die Absicht habe, eine Sache als die Meinige zu besitzen: so besitze ich *ciuiliter*; wann ich aber diese Absicht nicht habe, die Sache nur als usufructuarius, commodatarius, depositarius, Miethsmann, oder Pfandglaubiger im Besitz habe: so ist es der natürliche Besitz.

Uebrigens bemerke man, daß die Absicht, die Sache als die meinige zu besitzen, (animus rem iure dominii, s. pro mea habendi) ganz etwas anderst ist, als die Meynung daß ich Eigenthümer sey, opinio domini, wie es in der L. 22. §. 1. D. de noxal. act. heist. Ein Dieb z. E. kann die Absicht haben, die Sache als die seinige zu besitzen, ob er gleich weiß, daß sie nicht sein ist.

Der Civilbesitzer besitzt entweder eine ihm wirklich eigene oder eine fremde Sache. Im letzten Falle hält er sie entweder aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige; oder nicht. Wer eine fremde Sache besitzt, sie aber aus scheinbaren Gründen als sein Eigenthum ansieht, der besitzt *bona fide*, ist ein redlicher, treuer Besitzer. Wer aber weiß, daß die Sache einem andern gehört, und sie doch als die seinige haben und behalten will, sie gar nicht wieder herauszugeben gedenkt; oder zwar die Sache für sein hält, aber dazu nur ganz unerhebliche, offenbar nichtige Gründe hat, der ist *malae fidei possessor*, ein unredlicher Besitzer (* 2).

Sieht man b) auf den Grund meines Besitzes: so habe ich entweder einen gerechten Titel oder nicht. Wann ich einen gerechten Titel habe; das heist, wann ein Factum vorhanden ist, das den Gesetzen nach die Wirkung hat, daß es einen Besitz rechtmäßig macht: so heist er ein rechtmäßiger, oder gerechter Besitz. Ist ein solches Factum, ein gerechter Titel nicht vorhanden, so bin ich in einem ungerechten, unrechmäßigen Besitze.

c) Der Gegenstand des Besitzes ist entweder eine körperliche, oder eine unkörperliche Sache, eine Befugniß. Im ersten Falle ist ein wahrer und eigentlicher Besitz vorhanden; im letzten ein analogischer oder Quasi-Besitz. Der Quasi-Besitz besteht also in dem physischen Vermögen, ein Recht auszuüben. Man stelle sich z. E. vor, daß ich die Jagdgerechtigkeit habe. Wann es mir physisch möglich ist, sie auszuüben: so bin ich im Quasi-Besitz derselben. Wehrt mir es aber ein anderer auf die Jagd zu gehen: ich

unterlasse

unterlaſſe es alſo, unterſtehe mich nicht mehr zu jagen: ſo hat mein Quaſi-Beſitz aufgehört.

Endlich d) kann man auch auf die Art und Weiſe zu beſitzen Rückſicht nehmen; und alsdann iſt die Poſſeſſion entweder **körperlich** oder blos **mental**. Körperlich nemlich beſitze ich eine Sache, ſo lange ſie mir gegenwärtig iſt, in meine Sinne wirkt. Z. E. ich beſitze das Haus körperlich, wann ich darin bin. Mental-Poſſeſſion aber habe ich, *ſolo animo* poſſideo, wann die Sache abweſend iſt, z. E. wann ich auſſer meinem Hauſe im Felde bin. Man nennt die körperliche Poſſeſſion auch **natürlichen Beſitz**, und die Mental-Poſſeſſion auch **Civil-Beſitz**. Aber beſſer iſt es dieſe Benennungen nicht zu gebrauchen, weil ſie noch eine andere, vorhin unter a) erklärte Bedeutung haben, und folglich eine Zweydeutigkeit verurſachen.

Noch zwey Anmerkungen habe ich hiebey zu machen. 1) Die alte Juriſten nehmen die Wörter poſſidere, poſſeſſio und poſſeſſio naturalis in ſo verſchiedener Bedeutung, und widerſprechen einander ſo gerade zu, daß dadurch die ganze Lehre vom Beſitz höchſt verwirrt geworden iſt, und man die Geſetze darüber ſchlechterdings nicht vereinigen kann (* 3). Die neuere haben dieſer Confuſion durch die Diſtinction zwiſchen *poſſeſſio naturalis ſtricte* und *nuda detentio* abhelfen wollen (* 4). Allein wenn ſie nun beſtimmen ſollen, welche Beſitzer dann naturales ſtricte, und welche hingegen bloſſe detentores ſeyen: ſo geben ſie wieder ſo verſchiedene, zum Theil ſeltſame und dunkle Antworten, daß man nicht klüger iſt als zuvor.

2) Das Recht, es ſey nun in re oder ad rem, um deſſen willen jemand eine Sache beſitzt, heiſt *cauſa poſſeſſionis*, und von dieſer gilt die Regel: nemo ſibi ipſe cauſam poſſeſſionis mutare poteſt, d. i. wie es **Nettelbladt** (* 5) ſehr gut erklärt: wer eine Sache nur als detentor hat, der kann durch ſeinen bloſſen Vorſatz (propoſitum in mente retentum) ſeine Detention nicht in einen Beſitz verwandeln; und wer eine Sache naturaliter beſitzt, kann dieſen Beſitz durch bloſſen Vorſatz nicht in einen Civilbeſitz verändern. Wenn aber ein neues Factum, entweder des Beſitzers oder des andern, dazu kommt, welches eine ſolche Veränderung zu bewirken geſchickt iſt, ſo wird die Detention in einen wahren Beſitz, oder der natürliche in einen Civilbeſitz umgeändert. Z. E. wenn jemand eine Sache als Miethsmann hat, ſo beſitzt er ſie naturaliter. Geſetzt er nähme ſich vor, die Sache zu behalten, und dem Eigenthümer nie wieder zu geben. Dadurch wird ſein Beſitz nicht in einen Civilbeſitz verwandelt. Kauft er ſie aber z. E. dem Eigenthümer ab, oder wird Erbe von dieſem, ſo beſitzt er ſie nun ciuiliter.

(1) Von den Eintheilungen der Poſſeſſion ſ. *Contii* diſput. lib. 1. c. 10. in opp. p. 161. *Galvan.* de uſufr. cap. 33. p. m. 456. ſqq.

(2)

(2) *Christ. Frid. Georg. Meister* diss. de fide eiusque iure in usucap. et praescript. in opusc. n. 1.
(3) *Leyser* spec. 451. med. 4.
(4) *Kortholt* diss. de possessione ea lege, ne contra tradentem dum vivit exerceatur, cap. 1. §. 5.
(5) *Nettelbladt* introduct. in iurisprud. positiv. §. 827.

§. 283. Fortsetzung.

Wer sich im Besitz einer Sache befindet, hat um dieses Besitzes willen viele wichtige Rechte, die man die Vortheile des Besitzes, *beatitudines possessionis*, auch *ius possessionis* nennt. Diese Vortheile sind folgende. 1) der Besitzer ist nicht schuldig, seinen Titel zu ediren und zu beweisen. Wann ich nemlich im Besitz bin, und gefragt werde, aus welchem Grunde ich besitze: so bin ich nicht schuldig, darauf zu antworten, nicht schuldig zu beweisen, daß ich aus einem rechtlichen Fundament besitze. Einige Ausnahmen dieser Regel werden in den Pandecten gelehrt. 2) Der Besitzer kann sich unter gewissen Umständen die Früchte der Sache, die er besitzt, zueignen, wann gleich die Sache nicht sein gehört. Man s. unten §. 329. u. f. 3) Der Besitzer wird so lange im Besitz geschützt, bis ein anderer den Beweiß führet, daß jenem, dem Besitzer, die Sache nicht gehöre. Zu dem Ende werden ihm die interdicta retinendae possessionis gegeben, die wir im Titel de interdictis (lib. 4. tit. 10.) werden kennen lernen. Auch wenn er seines Besitzes auf eine ungerechte Art entsetzt worden ist, so wird ihm das interdictum unde vi und das remedium spolii gegeben. (§. 1220. 1221.) 4) Ein Besitzer kann sich mit Gewalt im Besitze schützen. Die Privat-Gewalt ist sonst im Staate schlechterdings verboten. Wer Recht zu suchen hat, muß es bey dem Richter suchen. Wann mich aber jemand in meinem Besitze stöhrt: so kann ich ihn mit Gewalt abhalten, und wann er mich schon wirklich aus dem Besitze vertrieben hat, so darf ich mich mit Gewalt wieder herein setzen; nur muß es sogleich, nicht erst nach langem Zeitverlauf geschehen. 5) Wann jemand mit dem Besitzer einer Sache Proceß anfängt, und die Argumente von beyden Seiten einander dergestalt die Wage halten, daß man nicht weiß, ob der Kläger oder der Besitzer mehr Recht zu der Sache hat: so wird sie dem Besitzer zugesprochen, und der Kläger abgewiesen. 6) Ein merkwürdiger Vortheil des Besitzers ist, daß er, wofern er anderst in bona fide ist, keine culpam prästirt; das heist, wann ich eine fremde Sache als meine eigene bona fide besessen, und etwas daran verdorben habe: so bin ich nicht schuldig, dem Eigenthümer diesen Schaden zu ersetzen. 7) Hat der Besitzer unter gewissen Umständen das Retentions-Recht. Man versteht darunter das Recht, eine Sache, die dem andern gehört, so lange nicht aus meinem Besitze zu lassen,

bis

bis mir der andere leiſtet, was er mir ſchuldig iſt. Z. E. jemand hat mir einen Reiſewagen geliehen; dieſer bricht unter Wegs; ich laſſe ihn repariren. In dieſem Fall bin ich nicht ſchuldig, den Wagen zurückzugeben, ehe mir die Auslagen erſetzet ſind; ich habe alſo das Retentionsrecht auf den Wagen. Oder jemand kauft mir eine Sache ab, und verſpricht baare Zahlung, leiſtet ſie aber nicht. Hier kann ich auf die Sache das Retentionsrecht ſo lange ausüben, bis mir der Kaufſchilling bezahlt iſt. Wer mehr von dieſem wichtigen Rechte zu wiſſen verlangt, kann ſich aus der gründlichen Böhmeriſchen Abhandlung (*1) belehren.

(1) *Georg. Lud. Boehmer* diſſ. de iure retentionis Goett. 1773. in Elect. iur. civ. tom. 2. n. 13.

§. 284. Vom dinglichen und perſönlichen Rechte.

Die zweyte Gattung des Sachenrechtes iſt das dingliche Recht, *ius in re*; die dritte das perſönliche Recht, *ius ad rem*. Der Begriff und Unterſchied dieſer beyden Rechte iſt von der äuſſerſten Wichtigkeit. Wann mir ein Recht zuſteht; ſo iſt es entweder unmittelbar mit einer gewiſſen Sache verknüpft; dergeſtalt, daß es ſich gegen jeden Beſitzer der Sache, welcher mir ſie vorenthält, oder mich in der Ausübung des Rechtes hindert, wirkſam zeigt; oder es kommt mir nur gegen eine gewiſſe Perſon zu, welche mir verbunden iſt: und ich bin daher befugt, gegen dieſe Perſon auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu klagen. Im erſten Fall heiſt es *ius in re*, im andern *ius ad rem*. Die Ausdrücke ius in re und ad rem kommen im römiſchen Geſetzbuche nicht vor, aber die Sache ſelbſt findet ſich auf allen Blättern.

Um die Wichtigkeit dieſes Unterſchiedes deutlicher einzuſehen, ſtelle man ſich folgende drey Fälle vor: 1) Ich habe eine Sache gekauft; ſie iſt mir noch nicht tradirt worden. Nun verkauft ſie der Beſitzer einem andern, welcher von dem erſten Kaufe nichts weiß, und übergiebt ſie ihm. Kann ich dieſen belangen, daß er mir die Sache herausgebe? Nein; dann ich hatte noch kein dingliches Recht darauf. Ich habe nur ein perſönliches Recht gegen den Verkäufer, daß er mich entſchädige. Geſetzt aber, die Sache kommt, nachdem ſie mir verkauft und tradirt war, in die Hände eines dritten. Jetzt kann ich ſie von jedem vindiciren, weil ich ein dingliches Recht darauf habe. 2) Jemand giebt mir das Recht die Früchte aus ſeinem Garten zu ziehen; aber nur als ein *ius ad rem* durch einen Miethcontract. Nun verkauft er den Garten an einen andern. Kann ich dieſen belangen, daß er mich die Früchte genieſſen laſſe? Nein, dann ich habe nur ein ius ad rem. Man denke ſich aber den Fall, daß mir jemand das Recht, die Früchte aus ſeinem Garten zu ziehen, als ein *ius in re*, als eine *ſeruitutem uſusfructus* ertheilt. Jetzt

kann ich diese Früchte fordern, der Garten komme, an wen er wolle. 3) Ich habe an jemand eine Summe Geldes zu fordern, der ein Haus besitzt. So lang dieß sein eigen ist, kann ich verlangen, daß man es verkaufe, und mich von dem Kaufschilling befriedige. Aber wie, wann er es veräussert? Man sehe zu, ob ich ein dingliches Recht, eine Hypothek auf das Haus gehabt habe, oder nicht. Im ersten Fall kann ich jeden Besitzer belangen, daß er mir das Haus abtrete, so lang ich nicht bezahlt bin; im letztern Fall aber nicht.

Noch zweyerley habe ich über das persönliche Recht anzumerken: 1) das *ius ad rem* und die Obligation sind einander entgegen gesetzt, Correlaten, wie die Philosophen sprechen. Man kann also nicht sagen, wie Westenberg (*1) thut, ius ad rem vocatur uno nomine obligatio. Wann ich ein ius ad rem gegen den andern habe: so hat dieser eine Obligation gegen mich, und umgekehrt. 2) So wie sich das ius ad rem allezeit auf eine gewisse Person bezieht: so auch die Obligation. Obligatio personam non egreditur, sagt der Autor. Das heist, wann mir die Person des A verbunden ist: so kann ich aus dieser Verbindlichkeit nur gegen A, nicht gegen andere Menschen klagen.

(1) *Westenberg* princip. iur. sec. ord. Inst. N. 1. n. 37.

§. 285 Zwey Grundsätze vom dinglichen Rechte.

Gleichergestalt sind noch vom dinglichen Recht zwey Sätze zu bemerken. Der erste heist: *ius in re non est momentaneum.* Ein ius momentaneum nemlich ist, welches nicht länger dauert als der Besitz. Von dieser Art ist das dingliche Recht nicht. Wann ich auch den Besitz verliehre: so bleibt mir doch mein dingliches Recht auf die Sache. Der zweyte: ein ius in re wirkt eine Klage gegen jeden Besitzer und Stöhrer. Wann mir ein Erbrecht, ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht zusteht: so kann ich gegen jeden, der die Erbschaft, der meine Sachen, der das Pfand besitzt, klagen, daß er mir diese Dinge heraus gebe. Wann ich aber eine Servitut habe, z. E. die Jagdgerechtigkeit in eines andern Waldungen: so kann ich gegen jeden Besitzer des Waldes, welcher mich in der Ausübung dieses Rechts stöhrt, Klage anstellen.

§. 286. Gattungen dieses Rechtes.

Das dingliche Recht hat vier Gattungen (*1): **Eigenthumsrecht, Erbrecht, Dienstbarkeit, und Pfandrecht.** Diese sind folgendergestalt unterschieden: das dingliche Recht besteht entweder 1) in dem Recht, über die Substanz der Sache auf alle Weise zu disponiren, oder 2) in dem Recht, Nutzen aus einer fremden Sache zu ziehen; oder 3) in der Befugniß, mich vermittelst der Sache wegen einer Forderung bezahlt zu machen. Im zweyten

ten Fall heist es *ius seruitutis* Dienstbarkeit; im dritten *ius pignoris* Pfandrecht. Im ersten Fall aber kommt es mir entweder auf eine einzelne und körperliche Sache zu, oder auf eine ganze Verlassenschaft eines Menschen. Das Recht, über eine einzelne körperliche Sache nach Gefallen zu schalten, heist **Eigenthumsrecht**, *dominium*; das Recht über die ganze Verlassenschaft eines verstorbenen zu disponiren, heist **Erbrecht**, *hereditas*, *ius hereditarium*.

Ist dann aber die Possession nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechtes? Darüber ist ein grosser Streit geführt worden, und ob die Frage gleich eine blosse Schulfrage, ohne practischen Nutzen ist, so kann ich sie doch nicht mit Stillschweigen übergehen. Man bemerke also, daß die Frage a) nicht von der **Possession selbst**, auch b) nicht vom Recht zu besitzen (iure possidendi,) sondern vom Recht des **Besitzes** (iure possessionis) sey. Der Besitz ist, wie wir wissen **physisches Vermögen**, über eine Sache zu disponiren, ist also gar kein Recht, und folglich auch kein dingliches. Das Recht zu besitzen ist ein Theil des Eigenthumsrechtes. Wer Eigenthümer einer Sache ist, hat auch das Recht sie zu besitzen. Da dieß ein Theil eines dinglichen Rechtes ist: so ist auch davon keine Frage. Sondern das ist der Sinn der Streitfrage: ist das *ius possessionis* ein ius in re; gehört es zu den Possessionsvortheilen, (§. 308.) daß man um des Besitzes willen gegen jeden eine Klage anstellen kann? Und um dieses zu beantworten, bemerke man ferner: aus dem Grunde allein: **ich habe die Sache besessen**, kann ich nicht gegen einen jeden jetzigen Besitzer klagen, **daß er sie mir herausgebe**. Ich muß zeigen, daß sie mir als ein Erbstück, oder eigenthümlich gehöre, oder verpfändet sey. In so weit also ist das Possessionsrecht kein ius in re. Indessen da doch der Besitzer **gegen jeden, der ihn aus dem Besitze setzt, oder darin stöhrt**, klagen kann: so kann man in soweit behaupten, daß die Possession ein ius in re sey.

Nach dem canonischen Recht ist das Possessionsrecht den dinglichen Rechten noch näher gebracht worden. Dann wann ich spoliirt, das ist meines Besitzes auf eine ungerechte Art beraubt werde: so kann ich nach dem Cap. 18 X. de restit. spoliator. jeden Besitzer, der von dem Spolium Wissenschaft hat, belangen, daß er mir die Sache herausgebe. Ein völliges ius in re ist deswegen das Possessionsrecht nicht geworden. Dann a) wann ich den Besitz durch einen Zufall verliehre, z. E. ich verliehre die Uhr aus der Tasche: so kann ich aus dem Grunde: ich habe die Sache besessen, nicht gegen jeden Besitzer klagen. Auch b) kann der Besitzer, wann er vom Spolium **keine Wissenschaft hat**, nicht belangt werden.

(1) Nicht alle Rechtsgelehrten nehmen dieß an; sondern einige statuiren mehr, andere weniger Gattungen. Man s. *Ferd. Aug. Hommel* diss. qua quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt, nec sempertales esse, nec selas defenditur, cap. 2. p. 23. sqq.

§. 287. Vom Eigenthumsrechte.

Die erste Gattung des dinglichen Rechtes ist das **Eigenthumsrecht** *dominium*. Man versteht darunter das Recht auf eine einzelne körperliche Sache, vermöge dessen man über dieselbe auf alle Weise disponiren, und sie von jedem Besitzer zurückfordern kann. Also ist a) ein Recht auf eine körperliche Sache. Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Ansprüche, sind nicht im Eigenthum. Es wäre dem Redegebrauch zuwider, wann man z. E. sagte, ich habe ein Eigenthum auf die Zehendgerechtigkeit, auf eine Schuldforderung (* 1). b) Das Eigenthum setzt eine einzelne Sache voraus. So viel einzelne Sachen ich habe, so viel verschiedene dominia stehen mir zu. c) Der Eigenthümer ist befugt, auf alle Weise über die Sache zu disponiren: er kann alle nur mögliche Handlungen damit vornehmen. d) Er kann auch die Sache von jedem Besitzer abfordern, oder wie die Juristen reden, **vindiciren.**

Weil also das Eigenthum ein Recht ist, **auf alle mögliche Art** über die Sache zu disponiren, und der möglichen Dispositionen unzählige sind: so kann man das Eigenthum als eine Quelle sehr vieler Rechte, als ein ganzes, das aus vielen Theilen besteht, ansehen. Indessen lassen sich alle diese Rechte auf zwey Hauptclassen zurückführen. Der Eigenthümer hat a) das Recht über die **Substanz der Sache zu disponiren**; ihre Gestalt zu verändern sie zu verbessern, sie zu verderben, zu destruiren, zu veräussern; b) das Recht **die Nutzungen davon zu geniessen.** Jenes heist *proprietas* oder *nuda proprietas* (in dem §. ult. I. de usufruct.), dieses *ususfructus*. Also proprietas und vlusfructus sind die beyden Haupttheile des Eigenthumsrechts.

Ich habe gesagt der Eigenthümer ist befugt **auf alle Weise** über die Sache zu disponiren. Indessen giebt es Fälle, wo er in der Ausübung seiner Rechte durch zufällige Umstände, Gesetze, Testament, Verträge eingeschränkt ist. In diesem Falle schreibt man ihm ein **eingeschränktes** Eigenthum, dominium *limitatum* zu. Wann ich z. E. ein Haus besitze, dessen Fenster auf des Nachbars Hof gehen, und dieser mir verspricht, die Fenster durch kein Gebäude zu verdunkeln, so ist sein Eigenthum des Hofes eingeschränkt.

(1) *Huber* in praelect. h. t. n. 12. und Thomasius in seinen Anmerkungen haben über diesen Punct einen weitläuftigen Wörterkrieg geführt.

§. 288. Es iſt entweder dominium quiritarium oder bonitarium.

Das dominium einer res mancipi wurde im alten römiſchen Recht in *quiritarium* ſiue ἔννομον ſiue *legitimum*, und *bonitarium* ſiue Φυσικὸν ſiue *naturale* eingetheilt. Wann eine res mancipi von einem römiſchen Bürger feyerlich (modo ciuili) erworben wurde: ſo erlangte er ein vollkommenes Eigenthum, das eine Vindicationsklage wirkte, und dominium quiritarium hieß. Wann hingegen eine res mancipi entweder auf einen fremden, oder zwar auf einen Bürger, oder doch nicht feyerlich (modo naturali) transferiret wurde: ſo erhielt er ein unvollkommenes Eigenthum, das kein Vindicationsrecht gab, und dieſes hies dominium bonitarium. Wann der dominus bonitarius den Beſitz verlohr: ſo konnte er keine Vindication gegen den jetzigen Beſitzer anſtellen. Dieſe Diſtinction paßte alſo nur auf die res mancipi; dann res nec mancipi waren weder in dominio quiritario, noch bonitario (*1). Die feyerliche Erwerbungsmittel, (modi ciuiles,) wodurch ein römiſcher Bürger das dominium erwerben konnte, ſind im §. erzählt. Sie waren 1) Erbſchaft, 2) Mancipation, das heiſt eine feyerliche Uebergabe, die in Gegenwart von 6 Perſonen geſchah; 3) Abtrettung vor dem Prätor (*ceſſio in iure*;) 4) Verjährung; 5) *emtio ſub corona*, das heiſt Erkaufung eines Kriegsgefangenen. Die Benennung kommt wie einige glauben daher, weil die Gefangenen bey dem öffentlichen Verkaufe Kronen aufhatten; nach andern, weil ſie mit einem Kreiſe römiſcher Soldaten umgeben waren; ferner 6) öffentliche Verſteigerung; 7) Adjudication des Richters (*2) und 8) Geſetz. Nemlich es giebt Fälle, wo das Eigenthum ohne factum des Eigenthümers, (ipſo iure) auf einen andern übergeht. Dahin gehören die Vermächtniſſe; (§. 584.) und bona fiſco commiſſa, wann nemlich dem Fiſcus Vermögen zufällt, ſo erwirbt er es ipſo iure; die liberi ſui erwerben die Verlaſſenſchaft des Vaters ipſo iure u. ſ. w. (*3) Juſtinian hat die ganze Diſtinction zwiſchen dominium quiritarium und bonitarium aufgehoben.

Die Anmerkung ſagt: man theilt zwar auch noch jetzt das dominium in ciuile und naturale ein. Aber dieſe Diſtinction iſt von der eben vorgetragenen ganz verſchieden. Sie kommt blos bey dem Heyrathsgute vor, und wird am angeführten Orte (§. 418.) erklärt werden.

(1) Dieß zeigt *Reuter* in progr. aenigmatis, quod Imperatori in L. un. C. de nudo iur. quir. toll. viſum in dominio quiritario et bonitario ſolutio Hal. 1755. 4.

(2) Doch hat ſie dieſe Wirkung nur in den ſogenannten drey iudiciis diuiſoriis. Boehmer in introd. in ius dig. lib. 10. tit. 1. §. 1. num. 6.

(3) *Brunquell* diſſ. de adquiſitione dominii ex lege, in opuſc. Tom. 1. n. 13.

§. 289. Entweder widerruflich oder unwiderruflich.

Wichtig ist die Eintheilung des Eigenthums in **widerrufliches** und **unwiderrufliches**. **Widerruflich** heist es, wenn es mir dergestalt überlassen worden ist, daß es ohne und gegen meinen Willen wieder auf den vorigen Eigenthümer kommen kann, daß es ohne meinen Willen nicht auf einen andern übergehen kann; **widerruflich** das, welches auch ohne und wider des Eigenthümers Willen auf einen andern kommen kann. Widerrufliches Eigenthum hat z. E. der **Ehemann** auf das Heyrathsgut. Dann wann die Ehe getrennt wird: so hört es auch ohne des Mannes Willen auf. Der *donatarius* hat ein widerrufliches Eigenthum, so lang der Schenkende lebt, weil dieser das Geschenk zurückfordern kann, wann jener eine prägnante Undankbarkeit begeht. (§. 415.) Wann ich eine Sache erkauft, und den Verkäufer über die Hälfte lädirt habe: (ihm nicht die Hälfte des wahren Werths bezahlt habe) so ist mein Eigenthum widerruflich; weil der Verkäufer die Sache zurückfordern kann. (§. 870.) Ferner, wer eine Sache mit dem pacto displicentiae, (d. i. sich das Recht binnen einer gewissen Zeit vom Kauf abzugehen vorbehält) oder mit dem pacto addictionis in diem verkauft (§. 875.) giebt dem Käufer ein widerrufliches dominium.

Das widerrufliche Eigenthum ist aber wieder von zweyerley Art. Zuweilen hört dasselbe dergestalt auf, daß es ist, als ob ich es nie gehabt hätte: und daß der vorige Eigenthümer eine **Realklage** gegen jeden Besitzer der Sache anstellen kann. Zuweilen aber bin ich nur **verbunden**, dem vorigen Eigenthümer die Sache herauszugeben; er kann desfalls eine **Personalklage** gegen mich anstellen, und mein Eigenthum hört erst von jetzt an auf, da er klagt. Im ersten Fall sagt man dominium resoluitur *ex tunc*, im zweyten aber resoluitur ex *nunc*.

Wann das erstere geschieht; wann das Eigenthum ex tunc resolvirt wird: so hat die Regel statt: resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis. Das heist, wann der revocable Eigenthümer einer Sache einem dritten ein Recht auf die Sache gegeben hat, und sein Eigenthum hört ex tunc auf, so exspirirt auch das dem dritten verstattete Recht. Z. E. jemand kauft einen Wald mit dem Beding, daß wenn er den Kaufschilling binnen einem Jahr nicht abtragen würde, der Kauf null und nichtig seyn solle. Nun giebt er mir die Jagdgerechtigkeit in dem Walde, bezahlt aber den Kaufschilling in der gesetzten Zeit nicht. Jetzt hört sein Eigenthum am Wald, und zwar *ex tunc* auf; folglich cessirt auch die mir ertheilte Jagdgerechtigkeit. Wann aber das revocable Eigenthum ex nunc aufhört: so tritt jene Regel nicht ein. Z. E. jemanden ist ein Wald geschenkt worden; er giebt mir darin die Jagdgerechtigkeit. Nun begeht er eine schwere Undankbarkeit gegen den Schenker; dieser

nimmt

nimmt also den Wald zurück. Verliehre ich auch die Jagdgerechtigkeit? Nein' dann das Eigenthum des donatarii hört nur ex nunc auf. In den Pandekten ist der Ort, wo dieß weiter entwickelt, und die Fälle bestimmt werden, in welchen das Eigenthum ex nunc, und in welchen es ex tunc aufhört (* 1).

(1) *Mich. Grassi* tract. de reditu dominii legali Tubing. 1724. 4. ist die Hauptschrift in dieser Materie.

§. 290. Entweder Alleineigenthum, oder Miteigenthum, vollständiges oder unvollständiges Eigenthum.

Die dritte sehr practische Eintheilung des Eigenthums (in der 12. Tabelle) ist folgende. Bey dem Eigenthum kann man Rücksicht nehmen a) auf die Person der es zusteht, b) auf die Rechte, welche es in sich fasset.

Sieht man auf die Person des Eigenthümers, so kommt das Eigenthum entweder einer einzigen Person oder mehreren zu. Im ersten Fall heist es *dominium solitarium*, im letzten *condominium* oder *communio*. Wann z. E. dreyen Personen durch Erbschaft ein Acker zufällt, so ist dieser, so lang ihn die Erben nicht unter sich vertheilen, in condominio oder communione. Sobald er getheilt wird, daß jeder Erbe sein besonderes Stück bekommt, hört das condominium auf.

Nimmt man hingegen auf die Rechte Rücksicht, welche im Eigenthum enthalten sind, so ist es entweder dominium *plenum*, oder *minus plenum*, s. *divisum*, s. *dimidiatum*. Wann nemlich die beyde Hauptheile des Eigenthums (§. 287.) Nießbrauch und Proprietät zerrissen sind, wenn das Eigenthum zweyen Menschen, A. und B., dergestalt zukommt, daß A. nichts als die Proprietät, B. hingegen Proprietät und Nießbrauch zusammen hat, so ist ein dominium minus plenum vorhanden. A. ist dominus minus plenus, B. ebenfalls. Sind aber die beyden Hauptrechte des dominii nicht getrennt, so heist es *plenum*.

Ich sage A. hat nichts als Proprietät, B. hat Proprietät und Nießbrauch; das heist: Ohne die Einwilligung des A. kann nicht über die Substanz der Sache disponirt werden, aber am Nutzen der Sache nimmt er keinen Theil; ohne des B. Einwilligung kann ebenfalls über die Substanz der Sache keine Disposition vorgenommen werden, und er hat zugleich das Recht die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, zu benutzen.

Ein solches dominium minus plenum findet sich z. E. bey Lehngütern, feudis. Der Lehnsherr hat Theil an der Proprietät, d. i. der Vasall kann für sich allein nicht über die Substanz des Lehnguts disponiren. An den Früchten hingegen hat der Lehnsherr keinen Antheil. Der Vasall hat ebenfalls die Proprietät; dann der Lehnsherr kann ohne den Vasallen auch nicht über die

Sub-

Subſtanz des Gutes diſponiren. Aber der Vaſall hat auch zugleich den Niesbrauch, er zieht alle Früchte vom Lehngute.

Das dominium minus plenum iſt alſo vom condominio verſchieden. Wann eine Sache in condominio iſt, ſo gehört ſie mehreren Perſonen auf einerley Weiſe. Die Rechte, welche der eine hat, hat auch der andere. Bey dem dominio minus pleno aber hat der eine Rechte, welche von den Rechten des andern ganz verſchieden ſind.

Nicht allein das plenum, ſondern auch das minus plenum dominium kann condominium und dominium ſolitarium ſeyn. Wann z. E. Ein Lehnsherr und Ein Vaſall da iſt, ſo hat jeder ein dominium minus plenum ſolitarie. Sind aber bey einem Lehngute mehrere Lehnsherren oder mehrere Vaſallen, ſo haben die Lehnsherren ein condominium minus plenum, und die Vaſallen ebenfalls.

§. 291. Das unvollkommene Eigenthum iſt entweder das Obereigenthum oder das nutzbare.

Bey dem dominio minus pleno ſind wieder verſchiedene Geſichtspuncte möglich. Man kann nemlich a) auf die weſentliche Abtheilung der Eigenthumsrechte ſehen, welche bey dieſer Gattung des Eigenthumsrechtes ſtatt findet, b) auf die Veranlaſſung deſſelben, und die daraus entſpringende Modificationen.

In der erſten Abſicht iſt es entweder *directum*, Obereigenthum oder *vtile*, nutzbares Eigenthum, derjenige, welcher nichts als die Proprietät hat, heiſt dominus directus, der andere welcher Proprietät und Niesbrauch hat heiſt dominus utilis. Von der erſten Benennung weiß ich keinen hinlänglichen Grund anzugeben. Die Urſache der letzten fällt in die Augen. Der dominus utilis hat ja den Nutzen der Sache (* 1).

(1) Die Eintheilung des Eigenthums in vollſtändiges und unvollſtändiges wird von vielen alten und neuen Juriſten verworfen. Ich will nur einige der neueren anführen. Man ſ. *Henr. Chriſt. de Senkenberg* diſſ. de diviſ. fructuum feudal. §. 4. ſqq. in meditat. de univerſ. iur. & hiſtor. p. 240. ſqq. *it.* in prim. lin. iur. feud. §. 142. ſqq. *Chriſt. Ben. Kahl* epiſt. de erronea diuiſione dominii in directum et utile, Lipſ. 1744. Joh. Chriſt. Gotth. Budäus in ſeinen Gedanken von dem Unterſchied unter dem obern und nutzbaren Eigenthum in Zepernicks Samml. auserleſ. Abh. aus dem Lehnrecht, 4. B. 61. Abh. Soviel iſt auch gewiß, daß in den Geſetzen die Namen dominium plenum und minus plenum, directum und vtile nicht vorkommen. Indeſſen ſind dieſe Wörter einmal angenommen, ſie verurſachen keine Verwirrung, und wenn man, wie jene Schriftſteller thun, behauptet, daß der dominus directus allein das Eigenthum, der vtilis blos vſum fructum habe, ſo legt man dem Wort vſusfructus eine Bedeutung bey, die es gewöhnlich nicht hat. Der vſufructuarius hat kein ius alienandi, vindicandi und transmittendi ad heredes, welche Rechte doch dem domino vtili zukommen. Kahl am a. O. geſteht daher ſelbſt, daß dem Vaſall, emphy-

emphyteutae und ſuperficiario einige Ausflüſſe des Eigenthumsrechtes zukommen. Warum ſoll man aber einen Niesbrauch, der mit einiger Proprietät verbunden iſt, nicht dominium vtile nennen dürfen?

§. 292. Entweder feudum, oder emphyteuſis oder ſuperficies.

Wann man aber auf die Veranlaſſung dieſes dominii und ſeine Modificationen reflectirt: ſo iſt es dreyerley: *feudum*, *emphyteuſis* und *ius ſuperficiarium*. Was feudum ſey, iſt oben im Prooemium, §. 14. kürzlich erklärt worden: im Lehnrecht geſchieht es ausführlicher. Von der Emphyteuſis, wird eine eigene Abhandlung im 25ten Titel des dritten Buchs vorkommen; das ius ſuperficiarium will ich hier erklären. Man verſteht im römiſchem Recht unter dem Wort ſuperficies alles, was über dem Erdboden erbauet wird, Häuſer, Stallungen, Mauern ꝛc. Wann ich einem das Recht gebe, auf meinem Grund und Boden eine ſuperficiem z. E. ein Haus zu errichten: ſo entſteht ein dominium minus plenum, welches ius ſuperficiarium heiſt. Ich ſetze nemlich voraus, daß ich dem andern den Grund und Boden nicht eigenthümlich überlaſſe; ſondern daß er nach wie vor mein bleibe. In dieſem Fall iſt der andere dominus vtilis, er beſitzt das Haus, zieht alle Nutzungen davon, kann es veräuſſern, abbrechen u. ſ. w. Ich der Grundherr aber kann doch das Haus vindiciren, wann es in die Hände eines dritten unrechtmäſigen Beſitzers kommt, und habe das Recht, eine Abgabe vom Beſitzer zu fordern, welche *ſolarium* Grundzinß heiſt; deswegen ſchreibt man mir ein dominium directum zu.

§. 293. Was iſt titulus und modus adquirendi?

Wir haben eine Gattung des dinglichen Rechtes, das Eigenthum kennen gelernt. Nun unterſuchen wir, wie und auf wie vielerley Weiſe man dieſes Recht ſich erwerben könne. Wenn man ſich ein dingliches Recht erwerben will, ſo ſind zwey Stücke nöthig: ein rechtmäſſiger Titel und ein *modus adquirendi*. Nemlich es muß zuforderſt ein rechtlicher Grund vorhanden ſeyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß ein körperliches factum kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. Jener rechtliche Grund heiſt *titulus*; dieſes körperliche factum aber *modus adquirendi*. Z. E. ich kaufe im Buchladen ein Buch, und laſſe mir es übergeben. Jetzt bin ich Eigenthümer, habe ein dingliches Recht auf das Buch. Mein titulus iſt der Kauf, den ich mit dem Buchhändler geſchloſſen habe; dann dieſer macht es mir möglich, Eigenthümer zu werden. Mein modus adquirendi aber iſt die Tradition. Sie hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt, hat mich wirklich zum Eigenthümer gemacht. Wann ich ein Stück verſteinertes Holz, das niemanden

gehört, finde, und zu mir nehme: so bin ich Eigenthümer. Der titulus meines Eigenthums ist die Rechtsregel: res nullius cedit occupanti; der modus adquirendi ist die Apprehension des Holzes.

Der Titel giebt es sehr viele im römischen Rechte. Dann die Möglichkeit eine Sache zu erwerben, kann daher entstehen, weil ich sie gekauft habe, (titulus pro emto;) weil sie mir vermacht, (pro legato,) geschenkt, (pro donato,) bezahlt, (pro soluto,) von meiner Ehefrau zum Heyrathsgute gegeben ist, (pro dote;) weil sie jemand derelinquirt, (pro derelicto,) (§. 296.) mir durch einen Tausch überlassen, (pro permutato,) in einem Vergleiche abgetretten; (pro transacto) oder weil mir sie der Richter zugesprochen hat, (Pro adiudicato.) Hat jemand einen rechtmässigen Titel, der aber keinen eignen Namen führt, z. E. er hat eine Sache occupirt, (welche aber nicht derelinquiret ist, dann sonst hätte der Titel einen Namen,) (§. 296.) oder durch Accessionsrecht erhalten: (§. 308. seqq.) so sagt man er habe sie pro suo. Mehr von diesem Titel suche man in den Pandecten Lib. 41. Tit. 10.

In der Anmerkung steht: der Regel nach giebt der Titel allein weiter nichts als ein ius ad rem; wer ein ius in re erwerben will, muß titulum und modum adquirendi haben. Indessen giebt es einige Ausnahmen von dieser Regel, wo der blose Titel ein ius in re giebt, die ebenfalls in den Pandecten, im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen werden.

§. 294. Die Erwerbungsmittel sind entweder im Naturrecht, oder im bürgerlichen Recht gegründet.

Die Erwerbungsmittel sind von verschiedener Art, wie die 13. Tabelle zeigt. Einige sind im Naturrecht gegründet, und in den bürgerlichen Gesetzen bestättiget; andere kennt das Naturrecht nicht; sie sind blos eine Erfindung der bürgerlichen Gesetze. Jene heisen *modi adquirendi iuris naturalis:* diese *modi adquirendi iuris ciuilis.* Z. E. das Naturrecht kennt die Occupation. Wer eine herrnlose Sache zu sich nimmt, in der Absicht sie zu behalten, wird Eigenthümer davon. Die römischen Gesetze bestätigen dies. Daher ist die Occupation ein modus adquirendi iuris naturalis. Hingegen weiß das Naturrecht nichts von Testamenten. Die Erwerbung einer Erbschaft aus dem Testament des Verstorbenen ist also eine blose Erfindung der bürgerlichen Gesetze, ein modus adquirendi iuris ciuilis.

§. 295. Von den natürlichen Erwerbungsarten.

Die modi adquirendi iuris naturalis sind: occupatio, accessio, fructuum perceptio, traditio. In den vorigen Ausgaben dieses Lehrbuchs sind nur drey angegeben; occupatio, accessio, traditio. Aber die fructuum perceptio

ceptio iſt ein eigenes Erwerbungsmittel, das ſich unter keines der übrigen bringen läßt, wie Huber (* 1) ſchon bemerkt, und Gmelin (* 2) ſehr gut gezeigt hat. Heineccius hat ſie zwar unter die Acceſſion gerechnet, aber ſie iſt davon weſentlich verſchieden. Durch die Acceſſion acquirire ich nur Sachen, die mit der meinigen verbunden werden. Die fructuum perceptio aber kommt auch ſolchen Perſonen zu ſtatten, die keine Eigenthümer ſind, z. E. dem Miethsmanne.

(1) *Huber* praelect. h. t. n. 35.
(2) *Chriſt. Gottl. Gmelin* in diſſ. cit. §. 1.

§. 296. Erklärung der Occupation.

Die erſte natürliche Erwerbungsart iſt alſo die **Occupation**. Man verſteht darunter die Apprehenſion einer herrnloſen Sache, in der Abſicht, ſie zu der ſeinigen zu machen. Alſo ſie ſetzt erſtlich herrnloſe Sachen, res nullius voraus. Dinge, die ſchon einen Eigenthümer haben, kann man nicht durch Occupation an ſich bringen. Herrnloſe Sachen aber giebt es von dreyerley Art: a) ſolche, die ihre urſprüngliche Eigenſchaft behalten, und noch nie einem Menſchen gehört haben. Nach Erſchaffung unſerer Erde waren alle Dinge herrnlos; noch niemand hatte eine Sache occupirt, und ſich ausſchließlich zugeeignet. Sobald aber Menſchen anfiengen zu leben, eigneten ſie ſich gewiſſe Dinge zu; der eine eine Höle zur Wohnung; der andere Feldfrüchte, die er gepflanzt hatte; der dritte Thiere u. ſ. w. Als ſich die Menſchen vervielfältigten, wurden immer mehrere Sachen occupirt; ſo daß heutigestages in den bewohnten Welttheilen das meiſte occupirt iſt. Doch giebt es noch manche herrnloſe Sachen, Inſekten, Vögel, Mineralien u. ſ. w. Auch giebt es noch Theile des feſten Landes und Inſeln, welche nicht occupirt ſind. Die herrnloſe Sachen aber können auch b) durch die **Derelictiον** entſtehen. Wann ich zu erkennen gebe, daß ich eine Sache nicht mehr haben wolle: ſo iſt ſie derelinquirt, und eine res nullius. So kann ich z. E. einen Acker derelinquiren, wann ich ihn ohne Cultur liegen laſſe, weil er ſteinigt und unfruchtbar iſt; ich kann einen Hund derelinquiren, wann ich ihn wegjage u. ſ. w. Endlich kann auch c) eine Sache dadurch res nullius werden, weil der Eigenthümer durch die Länge der Zeit vergeſſen worden, und nicht mehr ausfindig zu machen iſt. Wann man z. E. vergrabenes Geld findet, und niemand weiß, wem es gehört: ſo iſt es res nullius.

Das zweyte Erforderniß der Occupation iſt die **Apprehenſion**. Darunter iſt aber nicht gerade eine **Ergreifung**, eine **Berührung** zu verſtehen, ſondern jede **Handlung**, wodurch ich die Sache in ſolche **Umſtände** ſetze, **daß ich darüber diſponiren kann.** Alſo der Vogel iſt apprehendirt, ſo

bald er sich in meine Schlingen oder Netze verwickelt hat; der Hase, wann er geschossen ist; das im Wasser schwimmende Holz, wann ich es aufgefangen habe.

§. 297. Grundsätze derselben.

1) Wer eine herrnlose Sache apprehendirt, mit der Absicht sie eigenthümlich zu haben, der wird wirklich Eigenthümer davon. Dieß drückt man kurz aus: *res nullius cedit occupanti.* 2) Die Occupation erfordert a) die Absicht eine Sache zu haben, und b) eine körperliche Handlung. Also eine blose mündliche Erklärung ist nicht hinreichend. Nur fragt sichs, was für eine körperliche Handlung ist dann erforderlich? Man mache einen Unterschied: entweder ist die zu occupirende Sache in einem gewissen Zustande von Freyheit, so daß ich sie noch nicht in meiner Gewalt habe, z. E. so lange der Hase noch läuft, der Vogel fliegt, der Fisch im Flusse schwimmt, ist er noch frey, und nicht in meiner Gewalt; oder die Sache ist dergestalt in meiner Gewalt, daß sie mir nicht anderst entgehen kann, als wann sie mir andere Menschen wegnehmen; z. E. das gefundene Mineral liegt vor meinen Füssen. Im ersten Falle muß ich eine Handlung unternehmen, wodurch ich die Sache in meine Gewalt bringe; ich muß z. E. den Hasen schiessen, den Vogel oder Fisch fangen. Im zweyten Fall ist es genug, wann ich mich in den Anblick der Sache, (in conspectum rei,) begebe, und mit Worten erkläre, daß ich sie haben wolle (* 1).

(1) *Cocceji* in iur. controv. tit. de adquir. rer. dom. Qu. I. *Gundlingiana* part. 31. pag. 1. seqq.

§ 298. Gattungen der Occupation.

Die Gattungen der Occupation sind das Jagen, welches, im weitläuftigen Verstande genommen, auch den Vogelfang und das Fischen in sich faßt; die Eroberung und das Finden.

§. 299 Vom Jagen.

Das Jagen ist eine Occupation wilder Thiere, die auf der Erde, oder in der Luft, oder im Wasser leben. Dann nach den Grundsätzen der Römer sind die wilden Thiere res nullius, und können daher von jedem occupirt werden.

In der Anmerkung werden die Thiere in wilde, zahmgemachte und zahme eingetheilt. Der Unterschied ist sehr bekannt, und hat practische Folgen, wie der folgende Paragraph zeigen wird. Wilde Thiere sind, welche im Zustande der natürlichen Freyheit leben, den Menschen fliehen, und wann sie gefangen werden, sich bemühen, ihre Freyheit wieder zu erlangen. Wann

ein

ein solches wildes Thier eingesperrt gewesen, und nach und nach seine wilde Natur abgelegt hat; so daß es nun nicht mehr weglauft: so ist es zahm gemacht. Endlich zahme Thiere sind, welche nicht frey herum schweifen, sondern in der Gesellschaft der Menschen leben, Rindvieh, Schafe, Hunde u. d. gl. Uebrigens kann in diesem Lande ein Thier zahm, in einem andern wild seyn, und dieselbige Thierart kann wilde und zahme Gattungen haben, wie man bey den Schweinen, Pferden, Gänsen u. a. sieht (* 1). Noch merkt unser Autor an, daß die römische Gesetze die Bienen, Tauben und Pfauen zu den wilden Thieren rechnen. Dieß ist von den Waldbienen zu verstehen, nicht von denen, die man zu Haus in Stöcken hält. Auch sind die Haustauben nicht gemeynt, und daß es auch zahme Pfauen gebe, ist bekannt. Um diese triviale Anmerkung mit einer weniger trivialen zu beschliessen, führe ich noch an, daß von 300 Arten vierfüßiger Thiere, und 1500 Vögelarten, die auf dem Erdboden sind, der Mensch nur 19 bis 20 zu Hausthieren erwählt, und zahm gemacht hat (* 2).

(1) *Marckart* diss. de diuis. animalium iuridica, in exercit. n. 8.
(2) Buffon Epochen der Natur 2. B. S. 165. der deutschen Uebers.

§. 300. Fortsetzung.

Die wilde Thiere werden nach römischem Recht als herrnlose Dinge angesehen. Daraus folgt 1) daß sie jedermann zu fangen, zu erlegen und sich zu zueignen befugt ist. 2) Nicht nur auf meinen eignen Grundstücken darf ich sie fangen, sondern auch auf fremden. Wann es mir der Eigenthümer erlaubt, so hat die Sache keinen Zweifel. Wie aber, wann er mir es verbietet, und ich dem ungeachtet auf seinem Grundstücke jage? Auch in diesem Fall ist nach der richtigern Meynung das erlegte oder gefangene Thier mein (* 1); der Eigenthümer aber kann eine Injurienklage gegen mich anstellen (L. 13 §. 7. D. de iniur.), und die Ersetzung des Schadens verlangen, wann ich ihm dergleichen auf seinem Grundstücke, an den Früchten oder sonst zugefügt habe. Justinian sagt §. 12. Et nec interest feras bestias et volucres, vtrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane, qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia potest a domino, si is praeviderit, prohiberi ne ingrediatur. Wahr ist, daß ich unerlaubt handle, wann ich auf eines andern Grundstück gegen des Eigenthümers Willen jage. L. 16. D. de. S. P. R. Allein man muß hier zwey Handlungen unterscheiden, den actum *ingressionis* und *occupationis*. Jener ist verboten, dieser erlaubt. 3) Man darf nur wilde Thiere fangen und erlegen, keine die ein anderer in Thiergärten eingeschlossen hat; keine Bienen in Bienstöcken, keine Fische in fremden Teichen, diese sind keine herrnlose Dinge, und wer sie wegnimmt,

begehet einen Diebstahl. 4) Kann man aber Thiere, welche ihrem Eigenthümer entlaufen, occupiren. Man muß einen Unterschied zwischen zahmen, zahmgemachten und wilden Thieren machen. Zahme Thiere, die mir gehören, darf niemand sich zueignen, wenn sie noch so weit und so lang entlaufen sind. 5) Zahmgemachte Thiere darf man so lange sich nicht zueignen, als sie sich zu ihrem Herrn halten. So bald sie aber weglaufen, die natürliche Freyheit suchen, und nicht mehr zurück kehren mögen; so sind sie wieder herrenlose Dinge, und jedermann kann sie occupiren. 6) Wann endlich ein von mir eingeschlossen gewesenes wildes Thier aus seiner Gefangenschaft entwischt: so ist es entweder noch in meinem Gesicht; oder es ist aus dem Gesicht verschwunden. Im letzten Fall ist es res nullius; dann man vermuthet, ich habe es derelinquirt (* 2). Ist es mir hingegen noch in den Augen: so ist entweder seine Verfolgung noch leicht, oder schwer. So lange die Verfolgung noch leicht ist; bleibt es mein. So bald aber die Verfolgung schwer ist, verliehre ich mein Eigenthum. Die Frage ist nur, was heist das: die Verfolgung ist schwer oder ist leicht. So lang das Thier noch in solchen Umständen ist, daß es leichter ist, dasselbe wieder zu erhalten, als ein anderes von der Art, das noch nicht eingefangen gewesen ist: so ist die Verfolgung leicht. So bald es aber eben so schwer ist, dieses mir entlaufene Thier wieder zu bekommen, als ein anderes von derselben Art, das allezeit frey war, so ist die Verfolgung schwer. Jetzt ist zu vermuthen, daß ich das Thier derelinquirt habe; nun ist es also res nullius, und kann von jedermann occupirt werden. Z. E. ein Vogel entflieht mir, und setzt sich auf ein benachbartes Haus. Wann er eben so wild ist, als ein anderer Vogel von dieser Gattung, und es eben so schwer ist, ihn wieder zu fangen: so ist seine Verfolgung schwer, und die Dereliction zu vermuthen. Gesetzt aber, er fliegt mit Mühe, nur nahe an der Erde hin; und es ist leichter möglich, ihn wieder zu erhalten, als einen andern von seiner Gattung, der frey herum fliegt. In diesem Falle ist die Verfolgung noch leicht, und die Dereliction wird noch nicht vermuthet.

(1) *Hunn.* in resolut. Lib. 2. Tract. 1. Quaest. 12. *Strauch.* diss. 6. ad ius Iustin. th. 28. *Vinn.* ad §. 12. I. h. t. n. 3. Anderer Meynung sind *Cuiac.* lib. 4. obs. cap. 2. *Leyser* sp. 440. med. 4.

(2) *Grot.* de iur. bell. et pac. lib. 2. cap. 8. §. 3. *Kulpis* diss. acad. pag. 344. seqq.

§. 301. Fortsetzung.

Die Jagd ist eine Gattung der Occupation; die Occupation eine Apprehension; diese aber ist eine Handlung, wodurch ich die Sache in solche Umstände bringe, daß ich darüber disponiren kann. Daraus folgt, daß die leichte Verwundung eines Thieres noch keine Occupation ist; dann sie bringt das Thier noch

noch nicht in die Umstände, daß ich darüber disponiren kann, Wie aber wann die Verwundung tödtlich ist, so daß mir das Thier nicht mehr entgehen kann? In diesem Fall ist es nach dem Naturrecht schon occupirt, und während der Zeit als ich es verfolge, ist kein anderer befugt es zu erlegen (* 1). Diese Entscheidung vertheidigten auch verschiedene alte Juristen, unter andern Trebatius (*2). Aber Justinian hat sie im §. 13. I. h. t. verworfen, und zur Occupation eines Thiers schlechterdings die völlige Erlegung oder Fangung erfordert. Sein Grund ist: quia multa accidere solent, vt feram vulneratam non capias.

Allein gilt diese Verordnung in Teutschland? Man bemerke 1) wann mehrere in einem gewissen District die Jagd haben, und einer ein Thier anschiesset, so ist es darum noch nicht sein, sondern ein anderer kann es erlegen und sich zueignen. Für das römische Recht streitet auch in diesem Puncte die Präsumtion, wo nicht etwas anders hergebracht oder durch Particulargesetze verordnet ist. 2) Verschiedene alte deutsche Gesetze erlauben einem, der die Jagd hat, ein angeschossenes Thier auch in fremde Wildbahnen zu verfolgen. Man nennt dieses Recht die Jagdfolge, Wildfolge, Nacheile, Nachsetzung. 3) Dieses Recht gilt auch noch heutigestages an den meisten Orten, doch mit mancherley Modificationen. Allein nun fragt sich's 4) ob in dem Falle, wenn ich ein angeschossenes Wild in eine fremde Wildbahn verfolge, der Herr dieser Wildbahn befugt sey, mich zu präveniren und das Wild zu erlegen. Verschiedene (* 3) verneinen es; sie glauben es folge aus dem Begriff der Jagdfolge, daß der andere das Thier nicht erlegen dürfe. Andere (* 4) behaupten daß auch in diesem Falle das römische Recht gelte, wann nicht durch Verträge, besondere Gesetze oder Gewohnheiten ein anderes festgesetzt sey, und diese Meynung halte ich für die gegründetste.

(1) *Puffendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 6. §. 10.
(2) *Gundling* diss. de C. Trebatio Testa. §. 30. in exercitat. academ. Tom. 1. pag. 214.
(3) *Io. Hartmuth Rays* diss. de ferar. persecutione in territorio alieno §. 21. *Io. Iod. Beck.* de iurisd. forest. cap. 13. §. 4. p. 252.
(4) *Leyser* Sp. 441. med. 11. Christ. Gottl. Riccius Entw. der in T. üblichen Jagdgerechtigkeit, Cap. 8. §. 5.

§. 302. Von der Kriegseroberung.

Die occupatio bellica, Kriegseroberung hat folgende Beschaffenheit. Wann ich mit jemand einen von meiner Seite gerechten Krieg führe: so ist mir alles erlaubt, was nöthig ist, um mir Genugthuung wegen der erlittenen Beleidigung, und Sicherheit für die Zukunft zu verschaffen. Wann also die Wegnahme und Zueignung der feindlichen Sachen ein Mittel dazu

dazu ist: so ist sie auch erlaubt; und diese heist occupatio bellica. Also die Sachen meines Feindes sind, wie die Anmerkung sagt, keine wirklich herrnlose Dinge. Ich bin aber befugt, sie wegzunehmen, und mir zu zueignen, so gut als ob sie res nullius wären; weil dieß nöthig ist, um Ersatz für die vom Feinde erlittene Beleidigung und künftige Sicherheit zu bekommen. Diese Occupation aber hat 1) nicht in einem Bürgerkriege statt, dann sie setzt voraus, daß der Occupirende das Recht Krieg zu führen habe. Bürger aber sind nicht befugt, mit Bürgern zu kriegen. 2) Wann ich Krieg führe: so läßt sich der Feind seine Sachen nicht gutwillig wegnehmen; er widersetzt sich, und sucht, was ihm weggenommen wird, wieder zu bekommen. Die Eroberung ist also 3) bey beweglichen Sachen nicht eher vollendet, als bis ich dieselbe in Sicherheit, in die Garnison, oder in das Lager, gebracht habe (* 1); bey unbeweglichen nicht eher, als bis sie mit Festungswerken dergestalt verschanzt sind, daß der Feind sie nicht wieder besetzen kann, ohne diese Werke einzunehmen (* 2). Nach den heutigestags üblichen Gewohnheiten sieht man darauf, ob die bewegliche Sache 24 Stunden in des occupirenden Händen gewesen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Fall ist die Occupation vollendet (* 3). 4) Wem steht das Recht der Eroberung zu, dem welcher Krieg führet, oder den einzelnen Soldaten? Man distinguire: die eroberte Sachen sind entweder bewegliche, oder unbewegliche. Die letzte gehören allezeit der Kriegführenden Macht; ager hostium *publicatur* heist es in der L. 20. §. 1. D. de captiv. et postlim. d. i. reipublicae adquiritur. Die Römer nahmen gewöhnlich den besiegten Völkern einen Theil ihrer Ländereyen ab, und eigneten sie sich zu. Wann aber bewegliche Sachen erbeutet werden, so ist dem Soldat entweder die Plünderung erlaubt worden, und er hat bey dieser Gelegenheit Beute gemacht, oder nicht. Im ersten Falle gehört die Beute dem Soldaten, im letzten ist die Sache nach römischem Recht sehr zweifelhaft, und man kann fünf und mehr verschiedene Meynungen der Juristen über diese Frage zählen (* 4). Ich glaube, daß man einen Unterschied zwischen den Dingen gemacht hat, welche ein einzelner Soldat einzelnen Feinden abnahm, und zwischen solchen, welche ein ganzes Corps oder Commando Soldaten von dem Feind erbeutet. Jene ließ man den Soldaten, diese aber gehörten dem Staate, und ein Soldat, welcher etwas davon nahm, begieng einen *peculatum*, d. i. einen Diebstahl am Staate.

(1) Dieß scheint mir eine aus dem Begriff der Occupation fliessende, und in der L. 5. §. 1. L. 19. § 3. L. 30. D. de captiv. gegründete Regel zu seyn. Andere s. E. *Ziegler* de iur. maiest. lib. 1. cap. 23. §. 79. *Voet* ad pand. Lib. 49. Tit. 15. §. 3. *Marckart* interpret. receptar. iur. civ. lect. lib. 1. cap. 10 et 11. behaupten, daß eine bewegliche Sache sogleich, so wie sie erbeutet wird, dem Erbeu-

Erbeutenden gehöre weil Justinian §. 17. h. t. sage: quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt.

(2) *H. Grotius* de iur. bell. et pacis, Lib. 3. cap. 6. §. 4.

(3) *Stryk* vs. mod. Lib. 49. Tit. 15. §. 3.

(4) *Cuiac.* obs. Lib. 19. cap. 7. *Douell.* commentar. Lib. 4. cap. 21. *Merenda* controv. Lib. 1. cap. 22. *Ziegler* l. c. §.

§. 303. Vom iure postliminii.

Im Kriege kommt ein Recht vor, welches *ius postliminii* heist. Es ist die Wiedererlangung meiner im Kriege verlohrnen Rechte, und kann vorkommen 1) bey unbeweglichen Gütern, 2) bey beweglichen Sachen, 3) bey Personen. Wann nemlich 1) der Feind ein Stück Land, das mir gehört einnimmt; z. E. auf meinem Acker eine Schanze aufwirft, nun aber wieder zurück geht und die Schanze verläßt: so wird der Acker wieder mein Eigenthum. Wird mir 2) eine bewegliche Sache vom Feinde weggenommen, und unsere Truppen holen sie zurück: so geschieht dieß entweder noch eher, als der Feind die Sache in Sicherheit gebracht hatte; oder nachdem sie schon in Sicherheit war. Im ersten Falle ist und bleibt die Sache mein; sie muß mir also unentgeltlich herausgegeben werden. Im letzten Fall aber habe ich kein Recht mehr darauf; will ich sie haben, so muß ich dem sie abkaufen, der sie erbeutet hat. 3) War ein Römer vom Feinde gefangen worden, und kam aus der Gefangenschaft zurück: so erhielt er alle seine vorige, durch die Gefangenschaft verlohrne Rechte wieder; oder er hatte das ius postliminii; doch nur alsdann, wann er mit Recht, auf eine erlaubte Art zurück kam. In welchen Fällen die Zurückkunft rechtmäßig, und in welchen unrechtmäßig war, wird in den Pandecten tit. de captiv. et postlim. gezeigt. Unrechtmäßig kamen zurück: 1) die nach geschlossenem Frieden dem Feinde entliefen, wann im Friedensschlusse die Zurückgabe der Kriegsgefangenen nicht ausbedungen worden war: 2) die Ueberläufer; 3) die, welche freywillig bey dem Feinde geblieben, oder 4) vermöge einer geschlossenen Capitulation Kriegsgefangene geworden waren (* 1).

(1) *Marckart* diss. de iure postliminii ex principiis iuris naturalis et morum hodiernorum in exercitat. num. 6.

§. 304. Vom Finden.

Wann eine bewegliche res nullius, welche kein wildes Thier ist, occupirt wird: so heist die Occupation *inuentio*, das Finden. Also nur bewegliche Sachen werden durch Finden erworben; und zwar solche die keine wilde Thiere sind, dann diese erlangt man durch das Jagen. Die Sachen, welche man durch Finden erwerben will, können übrigens gar mancherley seyn. Es gehören dahin Steine, Versteinerungen, Perlen, Korallen, Bernstein,

Conchylien, Seegewächse, und andere Dinge aus dem Mineral- und Gewächsreiche, die man im Felde, an der Seeküste, auf Bergen u. s. w. findet. Dann sie sind res nullius, so lange sie noch niemand occupirt hat. Auch zahme Thiere, z. E. Hunde, welche jemand derelinquiret hat, kann man durch Finden erwerben.

§. 305. Von Schätzen.

Auch Schätze gehören dahin. Nemlich Schatz heist eine verborgene kostbare Sache, deren Eigenthümer unbekannt ist, (cuius non exstat memoria.) Wann ich einen solchen Schatz finde: (s. die 14. Tabelle) so habe ich entweder Zauberkünste! dabey gebraucht, oder nicht. Im ersten Fall nimmt ihn der Fiscus weg; im letzten Falle finde ich ihn entweder auf eigenem Grund und Boden, oder auf eines andern. 2) Wann ich ihn auf meinem Grund finde: so ist er mein. Finde ich ihn aber auf einem fremden: so bin ich entweder von dem Eigenthümer des Bodens gemiethet gewesen, oder nicht. Wann mich der Eigenthümer gemiethet hat: so geschah es entweder um einen Schatz zu graben, oder um ein anderes Werk zu machen, z. E. der Schreiner, welcher einen Fusboden legen, der Maurer, welcher ein Fundament graben will, findet den Schatz. 3) Wann der zum Ausgraben eines Schatzes von mir gemiethete Handwerksmann den Schatz findet: so ist er ganz mein, und der Finder kann nichts davon verlangen. 4) Ist aber der Handwerksmann zu einer andern Arbeit gemiethet gewesen, und findet ungefehr den Schatz: so kann er die Hälfte davon verlangen. Gesetzt endlich jemand findet einen Schatz auf fremdem Boden, ohne daß ihn der Eigenthümer gedungen hatte. Alsdann geschieht es entweder von ungefehr, oder er hat mit Vorsatz nach dem Schatze gesucht. 5) Wann ich von ungefehr auf eines andern Boden einen Schatz finde: so ist er zur Hälfte mein. 6) Gehe ich aber in der Absicht auf eines andern Grund, um einen Schatz zu graben, und finde dergleichen: so ist er ganz dem Eigenthümer des Grundstückes, und wann ich ihn behalte, so werde ich als ein Dieb gestraft (* 1).

Die Anmerkung sagt: die Acquisition eines Schatzes wird in unsern Gesetzen zuweilen zu den Accessionen, zuweilen zu den Occupationen gerechnet. Nemlich die alte Juristen disputirten, ob ein Schatz iure accessionis oder occupationis acquiriret würde (* 2). Nach Kayser Hadrians Verordnung muß man folgende Fälle unterscheiden: a) wann ich einen Schatz auf meinem Grundstück finde: so ist er sowohl iure occupationis als accessionis mein. Iure occupationis, dann ich habe ihn gefunden; iure accessionis, dann er lag auf meinem Grunde. b) Bekomme ich den Schatz halb, welchen ein anderer auf meinem Grundstücke gefunden hat: so geschiehet es iure accessionis.

Endlich

Endlich c) wann ich einen Schatz auf fremdem Boden finde, und zur Hälfte bekomme: ſo gründet ſich dieß allein auf das ius occupationis.

(1) *Chriſt. Lud. Crell* diſſ. 1. et 2. de Theſauro a mercenariis aut fabris invento. Viteb. 1749. *Chriſt. Gottl. Richter* diſſ. de iure theſauri a mercenario inventi, Lipſ. 1773.

(2) *Heineccius* ad *Vinnium* §. 39.

§. 306. Welche Sachen man nicht durch Finden erwerben kann.

Wir haben Beyſpiele von Dingen geſehen, die man durch Finden erwerben kann. In dieſem §. werden einige Sachen benennt, welche man nicht auf dieſe Art an ſich bringen kann. Dergleichen ſind 1) verlohrne Sachen. Sachen, die ich aus der Taſche verliehre; an einem fremden Ort aus Vergeſſenheit zurücklaſſe; die von der Poſtchaiſe fallen u. ſ. w. Dann das Eigenthum iſt kein ius momentaneum, (§. 285.) es geht nicht zu Grunde, wann gleich der Beſitz verlohren geht; und der Eigenthümer hat die Sache auch nicht derelinquirt. 2) Wann ein Blödſinniger, ein Betrunkener, oder jemand im Zorn eine Sache wegwirft. Dann auch dieſer hat die Abſicht nicht, die Sache zu derelinquiren, und jene können eine ſolche Geſinnung gar nicht haben. 3) Sachen, die zur Zeit des Sturms aus einem Schiffe geworfen worden, um es zu erleichtern. Der Grund iſt der eben angeführte, die Abſicht der Derelliction fehlt.

§. 307. Heutiger Gebrauch.

Noch iſt der heutige Gebrauch der Lehre von der Occupation anzuführen. 1) Die größern wilden Thiere werden bey uns nicht mehr als res nullius angeſehen. Sie ſind res publicae, welche dem Volke gehören, in deſſen Gebiete ſie ſich aufhalten, oder dem Landesherrn. Die Jagd iſt alſo kein modus adquirendi res nullius; ſondern wer jagen will, muß ein beſonderes Recht zu jagen oder wie man ſagt, er muß die Jagd haben; ſonſt begeht er einen Diebſtahl, einen Wilddiebſtahl. Wer aber das Recht zu jagen habe, wird durch die Landesgeſetze und Obſervanz beſtimmt. An vielen Orten iſt die Jagd ein Regal, ein landesherrliches Recht; das alſo kein Unterthan ohne landesherrliche Conceſſion ausüben kann. An andern iſt ſie ein Recht adelicher Güter, (pertinentia fundi nobilis.) Wer ein adeliches Gut beſitzt, darf darauf jagen. Wieder an andern iſt nur die hohe Jagd ein Regal. Es giebt auch Gegenden, wo man die freye Pürſch hat; das heiſt, wo jeder Bürger jagen kann.

2) Was die Beute belangt: ſo haben wir zweyerley Soldaten, regulirte Truppen, und Freycorps, milites, qui ſponte caſtra ſequuntur, ut praedatum exeant, ſagt unſer Autor. Die letzte haben ein vollkommenes

Recht auf die Beute. Dann sie bekommen wenig Sold, werden zu den beschwerlichsten Expeditionen gebraucht, und abgedankt, so bald der Krieg zu Ende ist. Wann aber regulirte Truppen Beute machen: so distinguirt man, ob es Geschütz, Munition, Magazine, öffentliche Cassen, oder ob es etwas anderes ist. Jene Sachen gehören der kriegführenden Nation, diese aber läßt man den Soldaten (* 1). Was ein Freycorps zu Land ist, das sind die Capers zur See. Also auch diesen gehört alles, was sie aufbringen.

3) An einigen Orten eignet sich der landesherrliche Fiscus Dinge zu, welche an der Seeküste gefunden werden, z. E. der Bernstein, der sich an den Küsten der Ostsee findet, wird von den Königl. Preußischen Bernsteinfischern gesammlet, und niemand anders darf ihn zu sich nehmen. Auch die Schätze appropriiret sich in manchen Ländern der Fiscus. Daher das Sprichwort: ein Schatz gehört dem Finder, wann er schweigen kann. Indessen glaube man nicht, daß deswegen alle herrnlose Sachen dem Fiscus gehören. Nein; nur alsdann gehört ihm eine solche Sache, wann er ein Recht darauf hergebracht hat (* 2).

4) Daß in ältern Zeiten die Anwohner der Flüsse in Deutschland, desgleichen die Bewohner der Seeküsten Güter, die an den Strand geworfen worden, sich zugeeignet; oder das Strand = Grund = Ruhe = oder Fahrrecht, wie man es nennte, ausgeübt haben, ist gewiß. Daß es auch noch heutigestages heimlich geschiehet, ist eben so wenig zu leugnen (* 3). Indessen ist es in der auth. nauigia C. de furtis vom Kayser Friederich II. und im 218. Artikel der H. G. O. Carls V. verboten (* 4). In manchen Ländern eignet sich der Fiscus die Güter der Schiffbrüchigen zu. Man läßt diese Güter sammeln und in das Bergehaus bringen, wo sie eine gewisse zeitlang bleiben, und dem Eigenthümer gegen Entrichtung des Bergegeldes ausgeliefert werden. Meldet sich in bestimmter Zeit niemand, so werden sie zum Besten des Fisci verkauft.

(1) *Stryk* vs. mod. tit. de captiv. §. 2. Struben rechtl. Bed. 2. B. S. 100.
(2) Struben rechtl. Bed. 2. Theil 278. Seite und 4. Theil 279. Seite.
(3) Daß in Helgeland und Jütland diese Gewohnheit noch ist, bezeugt Nugent in s. Reisen 1. Theil. 12. Seite.
(4) *Reinhart* ad *Christin.* Vol. 5. obs. 8.

§. 308. Von der Accession.

Der zweyte modus adquirendi heist *accessio.* Man versteht darunter eine Erwerbung einer accessorischen Sache, welche sich darauf gründet, daß diese accessorische Sache mit meiner Principalsache vereinigt worden ist. Sie ist entweder *naturalis*, oder *industrialis*, oder *mixta.* Wann nemlich durch die Wirkungen der leblosen Natur ohne menschliches Zuthun

thun eine Sache mit der meinigen vereinigt wird: ſo heiſt es acceſſio naturalis. Hat hingegen ein Menſch die Sachen mit einander verbunden: ſo iſt es acceſſio artificialis oder induſtrialis; und wann beydes zuſammen gewirkt hat, Kräfte der lebloſen Natur und Bemühung des Menſchen: ſo iſt es acceſſio mixta. Einige ſetzen, und zwar mit Recht, noch die acceſſionem *fortuitam* zu, die in dem Falle ſtatt hat, wann ich einen auf meinem Grundſtücke gefundenen Schatz acquirire. (§. 305.) In allen drey Fällen übrigens giebt das römiſche Recht die Regel: *acceſſorium ſequitur principale*; der, welchem die Principalſache gehört, acquirirt die acceſſoriſche Sache. Allein was heiſt Principal- was heiſt acceſſoriſche Sache? Dieſe Frage läßt ſich nicht mit einer allgemeinen Antwort beantworten. Zuweilen heiſt a) res principalis die Sache, aus der eine andere entſteht; in oder an der eine andere erzeugt wird. Wenn eine Sklavin ein Kind gebiehrt, ſo iſt das principale, das Kind ein acceſſorium. Wann der Fluß an meinen Acker Land anſetzt: ſo iſt der Acker das principale, der Anwuchs acceſſorium. Verläßt ein Fluß, der an meinen Ländereyen herfloß, ſein altes Waſſerbette; ſo iſt meine Länderey das principale, das verlaſſene Waſſerbett ein acceſſorium. In andern Fällen b) heiſt acceſſorium das Ding, welches man braucht, um ein anderes zu zieren, und dieſes letzte heiſt principale; z. E. die Treſſen und Stickerey auf einem Kleide ſind acceſſorium, das Kleid principale. Ferner wird c) zuweilen das koſtbarere Ding in Rückſicht auf das minderkoſtbare für die Principalſache gehalten; z. E. bey einem Gemählde iſt die Tafel, das Linnen ꝛc. worauf gemahlt iſt, acceſſorium; die Mahlerey ſelbſt aber das principale. Sodann heiſt auch d) principale das, was den größern Theil eines Dinges ausmacht; acceſſorium aber der geringere Theil. Z. E. ein Balken iſt in Anſehung des ganzen übrigen Hauſes, eine Handhabe in Anſehung des Gefäſſes, woran ſie iſt, ein acceſſorium. Endlich e) heiſt acceſſorium ein Ding, das man ohne ein anderes nicht wohl gebrauchen kann; und dieſes andere iſt das principale. Z. E. Sattel und Zeug ſind ein acceſſorium des Pferdes. Dann ohne Pferd ſind ſie nicht zu gebrauchen.

† ſelbige

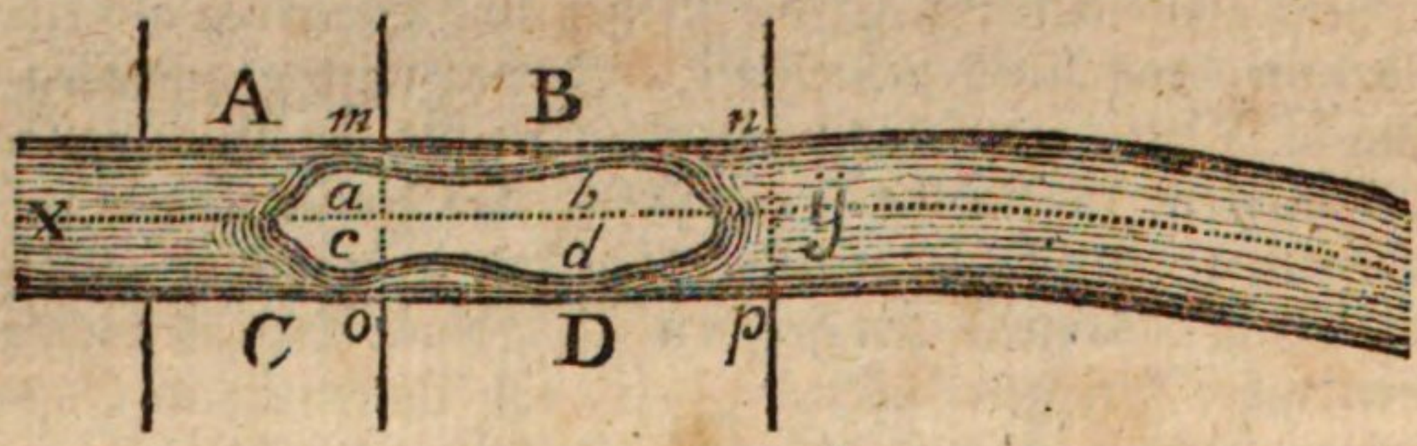
§. 309. Gattungen der natürlichen Acceſſion.

Die Gattungen der natürlichen Acceſſion ſind: *partus ancillae*, *natiuitas inſulae in flumine*, *vis fluminis* oder *auulſio*, *aluei mutatio*. Partus ancillae, wann meine Sklavin ein Kind gebiehrt; natiuitas inſulae, wann in einem Fluſſe, an deſſen Ufer ich Ländereyen beſitze, eine Inſel entſteht; alluuio, wann der Fluß nach und nach an mein Land etwas anſetzt; vis fluminis oder auulſio, wann der Fluß ein Stück Land auf einmal losreißt, und es an meine

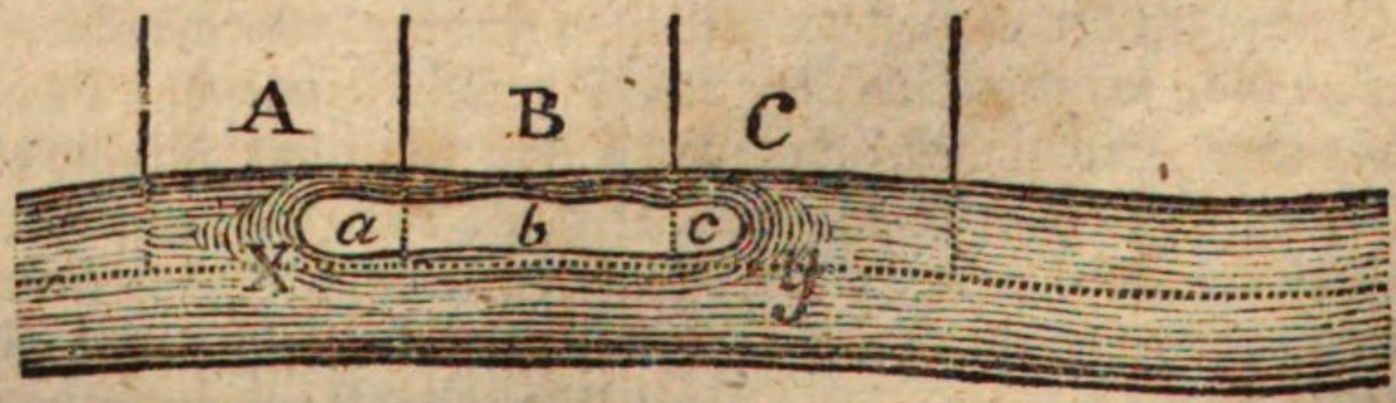
Länderey hinführt; aluei mutatio, wann ein Fluß sein voriges Bett verläßt, und dieses trocken liegen bleibt.

§. 310. Von dem Sklavenkinde und der Entstehung einer Insel.

Die erste Gattung der natürlichen Accession ist partus ancillae. Wann ich nemlich eine Sklavin habe, und diese ein Kind zur Welt bringt, so ist das Kind mein. Dann die Sklavin ist das principale, das Kind accessorium; (§. 308.) das accessorium aber gehört dem Herrn des principalis. Kinder von dieser heißen *vernae*, im Hause gebohrne Sklaven, und man schätzte sie höher als angekaufte, weil sie gewöhnlich treuer waren. Die zweyte natürliche Accession heist *natiuitas insulae*. Wann nemlich in einem Flusse nach und nach eine Insel entsteht: so gehört sie, wann man auf die Natur der Sache sieht, dem Eigenthümer des Flusses. Da nun die Flüsse res publicae sind: so gehören auch die Inseln im Flusse dem Staat, und dieser Meynung waren auch einige alte Juristen. Man sehe leg. pen. D. de adq. rer. dom. Aber die Gesetzgeber eigneten sie denen zu, welche am Ufer des Flusses Güter haben. Die Vertheilung geschieht auf folgende Art. Man ziehe durch den Fluß der Länge nach eine gerade Linie X Y, welche den Fluß in zwey Theile schneidet (* 1).

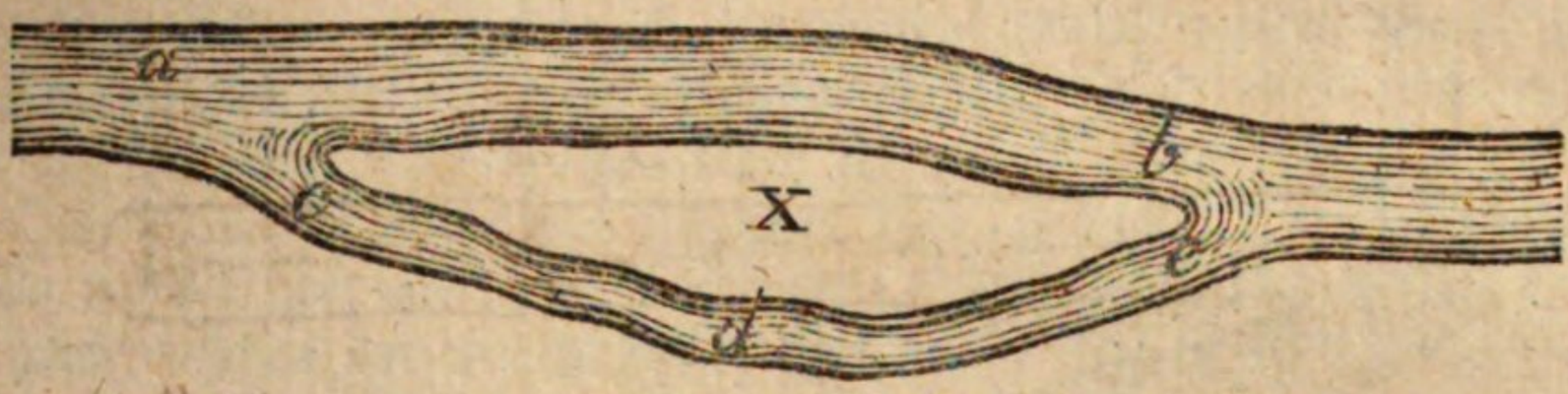


Nun lasse man von den Gränzen der benachbarten Ländereyen m n o p Perpendikel auf jene Linie X Y fallen. Alsdann wird es sich zeigen, wie viel jeder Nachbar bekommt. Der Anlieger A bekommt das Stück der Insel a. Der Anläger B das Stück b u. s. w. Fällt die Insel nicht in die Mitte des Flusses; sondern ganz diesseits oder jenseits der Mittellinie X Y: so gehört sie den Anlägern des einen Ufers allein.



A er-

A erhält nemlich das Stück a, A das Stück b, und C das Stück c. Der §. merkt aber weiter an: wir reden nur von Inseln, die in Flüssen entstehen. In der See trägt sich dieser Fall wegen der heftigen Bewegung der Wellen nicht leicht zu, es müßte dann durch einen Vulcan geschehen. Wann er sich aber zuträgt: so ist die neue Insel eine res nullius; und gehört dem, der sie zuerst occupirt. Eben so wenig ist die Rede von Inseln, die ein Fluß aus festem Lande macht. Wann nemlich ein Fluß, der bisher in dem Wasserbette a b floß, sich theilt, und sich noch einen zweyten Canal a c d e formirt: so wird das Stück X, das vorher festes Land war, zur Insel.



Dieses aber wird nicht unter die Anläger vertheilt, sondern bleibt seinen vorigen Eigenthümern.

(1) Für Leser, welchen die Geometrie nicht fremd ist, merke ich an, daß eigentlich zuerst der Fluß, so weit die Insel reicht, auf ein rectangulum reduciret, und dieses der Länge nach durch eine gerade Linie halbiret werden muß. s. *Io. Iac. Riegger* diss. de geometria legali, (Alt. 1693.) p. 60. sq.

§. 311. Von der Alluvion und Avulsion.

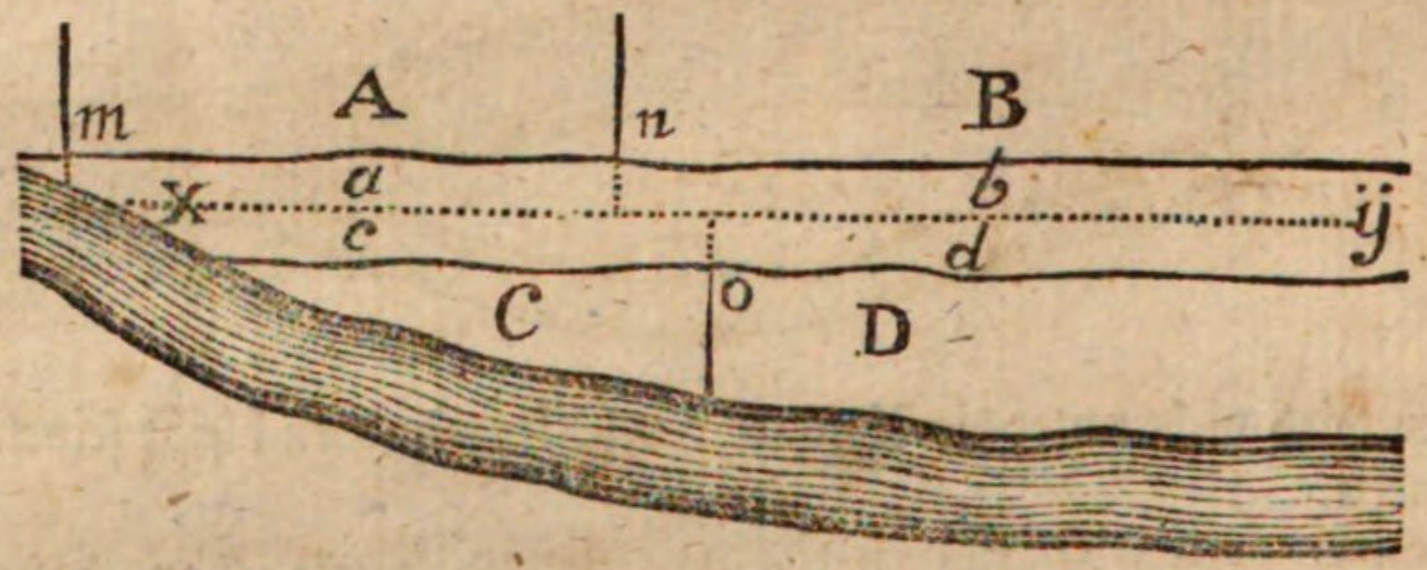
Alle Flüsse nehmen nach und nach hie und da an dem Ufer etwas ab, und setzen an andern Orten wieder an. Dieses Ansetzen heist *alluuio*, und nach römischen Gesetzen gehörte das angesetzte Stück dem, an dessen Länderey es sich angesetzt hat; nur muß sie wie die Anmerkung sagt, ein ager arcifinius nicht limitatus seyn. Nemlich einem Stück Land waren entweder von Obrigkeitswegen gewisse Gränzen bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle hies es *ager limitatus*, im letzten *arcifinius*. Der *ager limitatus* war von zweyerley Art. Entweder war einem Bürger eine gewisse Hufenzahl gegeben, oder die Gränzen waren durch Zeichen z. E. Gränzsteine bestimmt. Jenes hies *ager limitatus stricte*, dieses *ager adsignatus*. Nur in dem Fall, wann der ager arcifinius war, und unmittelbar an den Fluß reichte, war der Anwuchs dem Eigenthümer. War der ager limitatus, oder adsignatus: so gehörte die Alluvion dem Staate. Wann der Fluß ein Stück Land auf einmal mit Gewalt abreißt, und mit sich fortführt; endlich aber dieses Stück an meinem Lande hängen bleibt: so ist der vorige Eigenthümer zwar befugt es zu vindiciren,

und

und wieder an sein Grundstück zu ziehen. Wann er aber dieses nicht thun will, oder nicht kann; weil das losgerissene Stück an meinem Lande angewurzelt, oder weil die Vindication aus andern Ursachen unmöglich ist: so werde ich Eigenthümer des Stücks.

§. 312. Von der Veränderung des Wasserbettes.

Verläßt ein Fluß sein Bett, und läßt es trocken liegen: so theilen sich die Anläger in das alte Flußbett, wie in eine neue Insel. Man zieht nemlich eine Linie X Y durch das trockne Wasserbett; und auf diese läßt man Perpendikel von den Gränzen der anliegenden Aecker m n o fallen.



Der Besitzer des Feldes A bekommt den mit a bezeichneten Theil des verlassenen Wasserbettes. Der Besitzer des Grundstückes B erhält das mit b bezeichnete Stück u. s. w.

Wann ein Fluß austritt, und die benachbarte Ländereyen eine zeitlang unter Wasser setzt: so verliehren die Eigenthümer darum nicht ihre Rechte. So lang das Wasser auf dem Lande steht, ist das Eigenthum suspendirt; so bald aber der Fluß zurückgeht, so lebt es wieder auf. Ist hingegen die Inundation immerwährend: so hebt sich freylich Eigenthum und Besitz gänzlich auf.

§. 313. Deutsches Recht.

Die bisher vorgetragene Sätze sind heutigestages nicht an allen Orten im Gebrauch. Die Inseln vindicirt sich der Landesherr. Dann da er sich das Eigenthum der Flüsse zuschreibt, so kann er auch, wie ich vorhin angeführt habe, die Inseln verlangen (* 1). Wann indessen ein Fluß zwey territoria scheidet; so können die Grundsätze des römischen Rechts von Theilung neuer Inseln angewandt werden. 2) An manchen Orten gehören auch die Alluvionen dem Fiscus, welches aber gegen alle Billigkeit streitet. Gleichergestalt schreiben sich die Landesherren das verlassene Wasserbett eines durch Gebiet laufenden Flusses zu, und belehnen zuweilen eine Familie damit. Z. E. in der Altmark und im Magdeburgischen sind viele Familien, die mit der alten Elbe belie-

beliehen werden. 3) Wann jemand die Dämme nicht im Stande erhält; oder den schuldigen Beytrag zum Wasserbau nicht entrichtet: so verliehrt er nach der Vorschrift einiger Particulargesetze zur Strafe das Eigenthum seiner überschwemmten Ländereyen nach einem Verlauf von 10 Jahren, und der Landesherr confiscirt sie.

(1) *Engau* diss. cuinam insularum in fluminibus publicis natarum competat dominium (Ien. 1751.) sect. 2.

§. 314. Gattungen der künstlichen Accession.

Die künstliche Accession hat drey Gattungen: *adiunctio*, *specificatio*, *commixtio*. Wann nemlich durch menschliche Bemühung eine Sache mit der andern verbunden wird: so wird entweder Körper mit Körper verbunden, oder Form mit Materie. Wann das letzte geschiehet; wann aus einer Materie durch Formen ein neuer Körper producirt wird: so heist es *specificatio*. Kommt aber ein Körper zum andern, so werden sie entweder fest zusammen verbunden, oder werden nur vermischt. Im ersten Fall ist eine *adiunctio*, im letzten *commixtio* vorhanden.

§. 315. Grundsätze derselben.

Die wahre Beschaffenheit der künstlichen Accession wird von den Juristen durchaus undeutlich vorgetragen. Es verhält sich damit (s. die 15. Tabelle) folgendermassen. Wann eine accessorische Sache mit meiner Principalsache durch eines Menschen Bemühung vereinigt wird: so wird die accessorische Sache zwar mein eigen. Allein man schliesse daraus nicht, daß ich sie auch in allen Fällen behalte, daß ich ein unwiderrufliches Eigenthum erhalte. Nein; zuweilen ist mein Eigenthum nur widerruflich. Gesetzt aber ich bekomme ein irrevocables Eigenthum: so schliesse man auch ferner nicht, daß ich die Sache umsonst bekomme. Ich muß vielmehr zuweilen dem vorigen Eigenthümer den Werth bezahlen. Also wären nun zwey Fragen zu beantworten. 1) In welchem Fall bekomme ich durch die künstliche Accession ein unwiderrufliches, und in welchem ein widerrufliches Eigenthum? 2) In welchem Falle muß ich dem vorigen Eigenthümer den Werth der Sache bezahlen, in welchem nicht? Die erste Frage wird in gegenwärtigem Abschnitt, die letzte im §. 316. beantwortet. Wann nemlich die accessorische Sache dergestalt mit der Hauptsache verbunden wird, daß sie ohne Schaden nicht wieder davon getrennt werden kann: so bleibt sie dem Herrn der Hauptsache unwiderruflich eigen. Können aber die Dinge ohne Schaden wieder getrennt werden: so wirkt die Accession nur ein widerrufliches Eigenthum. Dann der vorige Herr der accessorischen Sache kann actionem ad exhibendum gegen den Herrn der Principalsache anstellen, und verlangen, daß er die

Sache wieder trenne. Ist dieß geschehen: so kann jener seine Sache vindiciren. Z. E. wann mir Goldfaden gestohlen, und in eines andern Kleid gestickt wird: so gehört diesem der Goldfaden, weil er das accessorium, das Kleid aber das principale ist. Wäre der Goldfaden noch unverarbeitet, so könnte ich, der Eigenthümer, ihn vindiciren. Die Accession aber hindert dieß. Der Herr des Kleides acquirirt auch ein unwiderrufliches Eigenthum; dann der Goldfaden läßt sich ohne Schaden nicht wieder aus dem Kleide nehmen. Aber wann mir ein edler Stein entwendet, und in des andern Ring gefaßt wird: so acquirirt der andere nur ein widerrufliches Eigenthumsrecht; dann der Stein läßt sich ohne Schaden wieder ausheben, ich kann also verlangen, daß es geschehe, und wann es geschehen ist, den Stein vindiciren.

§. 316. Fortsetzung.

In welchem Fall aber muß der Herr der Hauptsache dem Herrn der accessorischen Sache den Werth dafür bezahlen? Man mache einen Unterschied. Entweder ist der Herr der Principalsache ein redlicher oder unredlicher Besitzer, (in bona oder in mala fide.) Ist er in einem unredlichen Besitze, z. E. er kauft wissentlich gestohlnen Goldfaden, und läßt ihn in sein Kleid sticken: so muß er den Werth für die accessorische Sache bezahlen, und kann actione furti, oder condictione furtiua belangt werden. Ist er aber ein redlicher Besitzer, z. E. er weiß nicht, daß der Goldfaden gestohlen ist: so distinguire man folgende drey Fälle: a) der Herr der Principalsache hat den wahren Werth für die accessorische Sache bezahlt; b) er hat etwas, aber doch nicht den ganzen Werth bezahlt, z. E. für den Goldfaden, welcher 10 Rthlr. werth ist, nur 6 Rthlr. bezahlt; c) er hat sie geschenkt bekommen. Im dritten Fall muß er dem vorigen Eigenthümer den wahren Werth ersetzen; im zweyten bezahlt er nur den Abgang am wahren Werth, also in dem gegebenen Exempel noch 4 Rthlr; im ersten bezahlt er nichts weiter.

§. 317. Von der Adjunction.

Die erste Gattung der künstlichen Accession ist die adiunctio, wann ein Körper mit dem andern verbunden wird, daß sie zwar fest zusammenhängen, aber doch unterschieden werden können. Untergattungen derselben sind die *inclusio*, wann mein Stein in des andern Ring, Pettschaft, Ohrengehänge u. d. g. gefaßt wird; *adferruminatio*, wann mein Stück Metall an des andern Maschine, Statue, Gefäß u. d. g. angeschweisset wird; *adplumbatura*, wann das Metall nicht angeschweisset, sondern angelöther wird; *intextura*, wann meine Gold, Silber, Seidenfäden u. s. w. in des andern Kleid genähet, gestickt, gewebt werden; *attextura*, wann Bänder, Schnüre, Tressen u. d. g. die mir gehören, auf eines andern Kleid genähet werden; *inaedificatio*, wann

wann ich auf eines andern Grund baue, oder fremde Materialien auf meinem Grunde verbaue; *ſcriptura* wann ich auf Papier ſchreibe, das einem andern gehört; *pictura*, wann ich auf fremde Materie, Holz, Leinwand, Kupfer, u. ſ. w. mahle.

In allen dieſen Fällen acquirirt der Herr der Principalſache das acceſſorium.

§. 318. Fortſetzung.

Nemlich 1) der Herr des Ringes, Pettſchaftes, der Ohrengehänge u. ſ. w. acquirirt den darin gefaßten Stein. 2) Der Herr der Maſchine, Statue, des Gefäſſes u. ſ. w. erwirbt das angeſchweiſte oder angelöthete Stück Metall. 3) Die Fäden, welche in mein Kleid genähet oder gewebt werden, desgleichen die Bänder, Schnüre, Treſſen, welche darauf genähet werden ſind mein. Unſer Autor ſagt: *purpura* veſti noſtrae intexta aut attexta; weil die Römer Purpurfäden in ihre Tücher webten, und die Kleider mit Purpurſtreifen beſetzten. 3) Wann ein Gebäude aufgeführet wird: ſo iſt der Boden das principale, die Materialien ſind das acceſſorium. Das Gebäude gehört alſo dem Eigenthümer des Bodens; es mag nun einer auf ſeinen Boden mit fremden Materialien; oder einer mit eigenen Materialien auf ein fremdes Grundſtück bauen. 5) Wann ich auf fremdes Papier ſchreibe: ſo iſt das geſchriebene dem Herrn des Papiers; dann die Römer ſehen das Papier als das principale an. 6) Bey den Gemählden waren die alten Juriſten zweifelhaft, ob ſie die Materie, oder die Mahlerey für das principale halten ſollten. Juſtinian entſchied den Streit dahin, die Mahlerey ſolle das principale ſeyn. Dann es wäre unvernünftig, ſagt er, wann man das Gemählde eines Apelles oder Parrhaſius dem Eigenthümer eines elenden Holzes zuſprechen wollte (* 1). Aus gleichen Gründen muß man behaupten, daß heutigestages die Schrift principale, und das Papier acceſſorium ſey, da das Lumpenpapier in weit geringerem Werthe iſt, als das Aegyptiſche Papier bey den Römern war (* 2).

(1) Dieſe Verordnung erläutert ausführlich *Io. Chriſtoph Rudolph* diſſ. de acceſſione picturae, (Erl. 1756.) §. 21. ſqq.

(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. §. 106.

§. 319. Vom Bauen.

In Anſehung der Acceſſion die durch Bauen geſchiehet, enthält das römiſche Recht einige willkührliche Verordnungen, welche beſonders anzuführen ſind. Wann ich eines andern *tignum*, das heiſt ſeine Baumaterialien, Holz, Stein, Eiſen, Ziegel zu einem Gebäude nehme, das auf meinem Grund und Boden aufgeführet wird: ſo kann der Eigenthümer die Materialien nicht vindiciren; weil (wie die römiſche Juriſten ſagen) ſonſt das Ge-

bäude wieder müßte nieder gerissen werden, welches einen Mißstand in der Stadt verursachen würde; (ne vrbs ruinis deformetur.) Er kann mich aber belangen, daß ich ihm den doppelten Werth seiner Materialien erlegen muß. Wann das Gebäude nicht mehr steht; sondern wieder zusammengefallen, oder abgerissen ist: so kann der Eigenthümer der Materialien sie durch die Reivindication, oder actionem ad exhibendum zurückfordern. Von den mancherley Fragen, die in dieser Materie noch aufgeworfen werden können, will ich nur drey bemerken: 1) kann der Eigenthümer der Materialien auch in dem Falle das duplum verlangen, wann der Bauende in bona fide ist? Viele Juristen läugnen es, und behaupten, daß dieser nur den einfachen Werth bezahle. Der Vernunft ist diese Meynung auch sehr gemäß. Allein die römische Gesetze bestätigen doch das Gegentheil zu deutlich, wie Westenberg (* 1) zeigt. 2) Wann der Bauende die Materialien ausnehmen, und dem Eigenthümer in Natur zurückgeben will, ist er dazu befugt? Nach der richtigern Meynung allerdings (* 2). 3) Wann der Eigenthümer des tigni den doppelten Werth erhalten hat, kann er die Materialien dem ungeachtet im Falle, daß das Gebäude nicht mehr steht, noch in Natur vindiciren? Wofern der Bauende in mala fide war, so geht dieß an, sonst aber nicht (* 3).

(1) De causis obligat. diss. 6. cap. 2. & 3.
(2) *Westenberg* cap. 2. §. 10. sqq.
(3) *Westenberg* cap. 2. §. 2. 3. 4. 5. 6. *Huber* h. t. §. 39.

§. 320. Fortsetzung.

Wann ich mit eigenen Materialien auf einen fremden Grund baue: so fällt zwar das Gebäude dem Eigenthümer des Bodens zu. Allein die Frage ist, kann ich nicht den Werth meiner Materialien und die Baukosten fordern. Man distinguire: entweder habe ich *bona fide* gebauet, nicht gewußt nemlich, daß der Boden einem andern gehört; oder *mala fide*. Im letzten Fall kann ich den Werth der Materialien und die Baukosten nicht repetiren. Im ersten Fall aber bin ich entweder im Besitz des Hauses, oder nicht. So lange ich im Besitz bin, habe ich das Retentionsrecht; das heist ich bin nicht schuldig, das Gebäude abzutreten, ehe mir die Baukosten ersetzt sind. Wann ich aber das Gebäude nicht besitze: so stehet mir nach der richtigern Meynung keine Klage zu; die Baukosten sind also verlohren (* 1).

In der Anmerkung heist es: heutigestages, wo man mehr auf die Billigkeit, als auf das subtile und strenge Recht siehet, kann der Bauende, wann er auch nicht im Besitz des Gebäudes wäre, doch die Baukosten actione in factum (* 2) repetiren.

(1) *Faber* de error. pragmat. Tom. 2, dec. 26. error. 8. et 9. p. m. 40. *Vinn.* in quaest. sel. libr. 1. cap. 24.

(2)

(2) Anderer Meynung ist *Reinold* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 4. in opusc. p. 463.

§. 321. 322. Von der Specification.

Die zweyte Gattung der künstlichen Accession ist die *specificatio*. Es fragt sich dabey: I) Was ist die Specification? II) In wie weit ist sie ein modus adquirendi? Die Specification ist die Handlung, da jemand einer Materie eine neue Form giebt, und einen neuen Körper hervorbringt, welcher von dem vorigen dem Geschlecht und Namen nach verschieden ist. Z. E. wenn man aus Mehl Brod bäckt; aus den Trauben Wein keltert; aus der Milch Butter; aus einem unförmlichen Stück Metall ein Instrument macht; einem formirten Metall eine andere Gestalt giebt; z. E. aus einem silbernen Teller sechs Löffel macht: so geschiehet eine Specification. Dann aus dem Mehl wird ein Körper producirt, welcher zu einer andern Classe von Dingen gehört, und einen andern Namen führt. Eben so ist es in den übrigen Beyspielen.

Wann ist aber diese Handlung ein Erwerbungsmittel? Man unterscheide, wie die 16. Tabelle zeigt, folgende Fälle: 1) wann ich einer eigenen Materie eine neue Form gebe, z. E. aus Trauben, welche mein sind, Wein keltere: so ist zwar der neue Körper, der Wein, mein; aber nicht wegen der Specification, sondern weil die Materie, die Trauben, mein waren. Die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Eben so wenig ist sie dieß 2) alsdann, wann ich eine fremde Materie auf Verlangen des Eigenthümers, und für ihn, anderst formire; z. E. wann der Goldschmidt aus dem Golde, das ich ihm gebe, für mich einen Ring macht. Auch 3) wann ein Eigenthümer die Materie, und ein anderer die Form giebt, in der Absicht, daß der neue Körper gemeinschaftlich seyn soll: so ist die Specification kein Erwerbungsmittel; z. E. der eine macht weisses Kupfer, der andere verarbeitet es; die Waaren werden verkauft, und der Erlös getheilt. Dann der Grund der Gemeinschaft liegt in dem Vertrage, und der darauf erfolgten Tradition. 4) Wann ich aber aus einer fremden Materie ohne des Eigenthümers Wissen und Willen einen neuen Körper mache, oder machen lasse; z. E. aus gestohlenen Brettern einen Tisch, aus gestohlenem Silber einen Teller machen lasse: alsdann ist der Fall vorhanden, wo die Specification ein Erwerbungsmittel werden kann.

Die alte Juristen stritten zwar darüber. Dann die Sabinianer behaupteten, der neue Körper sey dem Herrn der Materie, nicht dem Specificanten. Sie hielten also die Specification für keinen modum adquirendi. Die Proculianer aber sprachen den neuen Körper ohne Unterschied dem Specificanten zu; folglich war nach ihren Begriffen die Specification immer eine Erwerbungsart. Justinian entschied diesen Streit durch einige Distinctionen. Er verordnete folgendes: a) wann ich den neuen Körper aus meiner und einer fremden Ma-

zugleich formire, so ist er mein. Hier ist also die Specification ein modus adquirendi. Wann ich z. E. gestohlnes Metall kaufe, und es behält seine Form, so kann es der Eigenthümer vindiciren. Lasse ich aber dieses Metall mit meinem eigenen zusammenschmelzen, und daraus ein Gefäß machen: so fällt die Vindication weg; ich habe also durch die Specification das Eigenthum erworben (* 1). b) Formire ich ihn aus einer fremden Materie allein, und die Beschaffenheit der Materie erlaubt nicht, dem Körper seine vorige Gestalt wieder zu geben: so ist er ebenfalls mein. Z. E. wann ich gestohlne Wolle spinnen und Tuch davon weben lasse. Läge die gestohlne Wolle noch unverarbeitet da: so würde sie der Eigenthümer zu vindiciren befugt seyn. Dies kann er nicht, sobald sie verarbeitet (specificirt) ist. Die Specification ist also ein modus adquirendi. c) Wann ich aus fremden Materien einen neuen Körper mache, und es ist möglich, ihm seine vorige Gestalt wieder zu geben: so acquirire ich ihn nicht; die Specification ist also kein Erwerbungsmittel. Z. E. ich lasse aus einer gestohlnen zinnernen Schüssel eine Kanne giessen. Dann man kann aus der Kanne wieder die Schüssel machen. Hier kann also der Eigenthümer der Schüssel die Kanne vindiciren. Der Grund von Justinians Entscheidung ist freylich nicht der befriedigendste. Justinian sagt: wenn der neue Körper seine vorige Gestalt wieder bekommen kann: so ist die Materie stärker als die Form, und daher der Körper billig dem Eigenthümer der Materie zuzusprechen. Läßt sich aber der Körper nicht wieder in seine vorige Gestalt bringen: so ist dies ein Beweiß, daß die Form stärker als die Materie ist; und daher muß man den Körper dem Specificanten zueignen.

Uebrigens glaube man nicht, daß der Eigenthümer der Materie sein Eigenthum schlechterdings verliehre, und nichts dafür bekomme. Nein, er kann von dem Specificanten den Werth verlangen; wann nemlich der Specificant in mala fide ist, oder die Materie umsonst bekommen hat; kurz man muß in Ansehung dieses Punctes distinguiren, wie im 316. §. gezeigt ist.

Noch einige Fragen sind in dieser Materie zu bemerken. Die erste: muß der Specificant in bona fide seyn, wann er den neuen Körper acquiriren will? Dies glauben Vinnius (* 2) Stryk (* 3) und andere (* 4); aber es läßt sich aus den Gesetzen nicht erweisen, wie Bachov (* 5) und Voet (* 6) zeigen. Die zweyte: gelten Justinians Entscheidungen auch in unsrer Praxis? Einige Juristen leugnen dies, und substituiren andere Distinctionen (* 7). Aber Stryk am a. O. bezeugt, daß Justinians Verordnungen in der Praxis angenommen seyen.

(1) Ich halte dies wenigstens für die richtigste Meynung mit *Bachov* ad §. 25. I. h. t. Andere z. E. *Vinnius* ad h. §. *Voet* ad P. tit. de adquir. rer. dom. n. 21. behaupten, daß in diesem Fall eben das gelte, was Rechtens ist, wann ich einen neuen

neuen Körper aus einer ganz fremden Materie formire, und daß man alſo auch hier diſtinguiren müſſe, ob der neue Körper wieder in ſeine vorige Geſtalt gebracht werden könne, oder nicht.

(2) Ad §. 25. I. h. t.
(3) In uſ. mod. h. t. §. 24.
(4) *Cocceji* iur. contr. tit. de adquir. rer. dom. Quaeſt. 21. *Walch* controv. pag. 109.
(5) Ad §. 25. h. t.
(6) Ad Pand. l. c.
(7) Man ſehe *Otto* ad §. 25. h. t.

§. 323. Von der Vermiſchung.

Die dritte Gattung der künſtlichen Acceſſion iſt die *commixtio*, die Vermiſchung der Körper. Sie iſt entweder Commixtion im ſtrengen Verſtande, wann trockne Körper durcheinander gemiſcht werden, z. E. wann Viehheerden zuſammen laufen, Fruchtkörner, Geldſtücke vermiſcht werden; oder Confuſion, wann man flüſſige oder geſchmolzene Materien zuſammengießt. Bey der Commixtion bleiben die Körper von einander abgeſondert, ſo daß man einen vom andern unterſcheiden kann; bey der Confuſion flieſſen ſie zuſammen, und können nicht mehr diſtinguirt werden.

§. 324. Fortſetzung.

Wann iſt aber die Vermiſchung ein modus adquirendi? Die commixtio iſt dieß niemals; die confuſio zuweilen. S. die 17. und 18. Tabelle. Wann nemlich Sachen commiſcirt werden: ſo laſſen ſie ſich wieder ſepariren; z. E. wann meine Geldſtücke und des andern Geldſtücke durch einander gerathen: ſo kann ich die meinigen, wenigſtens meine Zahl, und der andere die ſeinige zurück nehmen. Wann meine Heerde, und des andern Heerde zuſammen laufen: ſo kann ich meine Thiere, und er die ſeinige abſondern. Kommt durch einen Zufall mein Waizenhaufen, und eines andern Gerſte durcheinander: ſo nimmt er von dem Gemiſche ſo viel dem Maaſſe nach als ſeine Gerſte ausmachte; und ich ſo viel, als mein Waizen betrug. Weil aber der Waizen mehr mehr werth iſt, als die Gerſte, ſo muß mir der andere eine verhältnißmäſſige Vergütung leiſten.

Bey der Confuſion hingegen unterſcheide man folgende Fälle: 1) wann die Vermiſchung mit Einwilligung derer geſchieht, welchen die vermiſchte Körper gehören: ſo iſt die Maſſe gemeinſchaftlich, z. E. ich habe einen fetten ſüſſen, ein anderer einen feurigen ſauren Wein, und wir machen aus, dieſe Weine zu vermiſchen, und das Gemiſche zu theilen. Allein der Grund dieſer Gemeinſchaft liegt nicht in der Vermiſchung; ſondern in dem Vertrage der Intereſſenten, und der darauf erfolgten Uebergabe. Die Vermiſchung iſt alſo keine Erwer-

werbungsart. 2) Wann meine Sachen mit des andern Sachen ohne beyderseitige Einwilligung vermischt werden, die Sachen sich aber wieder separiren lassen; z. E. mein Silber wird mit des andern Bley vermischt, so kann jeder von uns die Separation verlangen, und alsdann seine Sache vindiciren, die Confusion ist also kein Erwerbungsmittel. 3) Wann ohne die Einwilligung beyder Interessenten flüßige oder geschmolzene Massen so vermischt werden, daß die Separation unmöglich ist: so ist die Vermischung entweder durch einen Zufall geschehen; z. E. mein Wein wird durch ein Versehen unter des andern Wein gefüllet; oder von einem der Interessenten veranstaltet worden. Ist das erste: so ist das Gemische gemeinschaftlich; und die Confusion eine Erwerbungsart. 4) Wann aber einer mit Vorsatz seine Materie mit des andern Materie ohne dieses letzten Einwilligung vermischt: so sind die Sachen entweder von einerley Art, z. E. ich kaufe Wein, der einem andern gestohlen ist, und mische ihn unter den meinigen; oder von verschiedener Art. Im ersten Falle ist das Gemische gemeinschaftlich. Die Confusion ist also eine Erwerbungsart. Sind hingegen 5) die Sachen von verschiedener Art, z. E. ich mische Citronensaft, der mein ist, und Arack, der einem andern gehört, zusammen: so ist das Gemische dem, der es gemacht hat; weil jetzt zugleich eine Specificarion geschehen ist. Die Confusion ist also auch in diesem Falle ein modus adquirendi.

§. 325. Von der vermischten Accession.

Wir haben nun die natürliche und künstliche Accessionen kennen gelernt. Noch ist die gemischte zu betrachten übrig. Kräfte der Natur und Bemühung des Menschen wirken bey ihr zusammen, und sie hat zwey Gattungen, das Säen und das Pflanzen.

§. 326. Grundsätze derselben.

Die Grundsätze bey diesen Accessionen sind: 1) was auf einen Boden gesäet oder gepflanzt wird: ist accessorium des Bodens; der Boden ist das principale. Das gesäete und gepflanzte gehört also dem Herrn des Bodens. 2) Das Eigenthum eines Baumes wird aus der Wurzel beurtheilt; das heist: wann ein Baum seine Wurzeln in meinen Boden hat: so ist er mein. Dann der Römer sagt: es ist billig, daß der Baum dem zugeeignet werde, aus dessen Boden er Nahrung zieht.

§. 327. Folgen daraus.

Wann ich also 1) mein Getraide auf eines andern Grund säe, etwa aus einem Versehen: so acquirirt er das Getraide, und wann ich des andern Saamenkörner, die ihm z. E. gestohlen, und mir verkauft worden sind, auf meinen

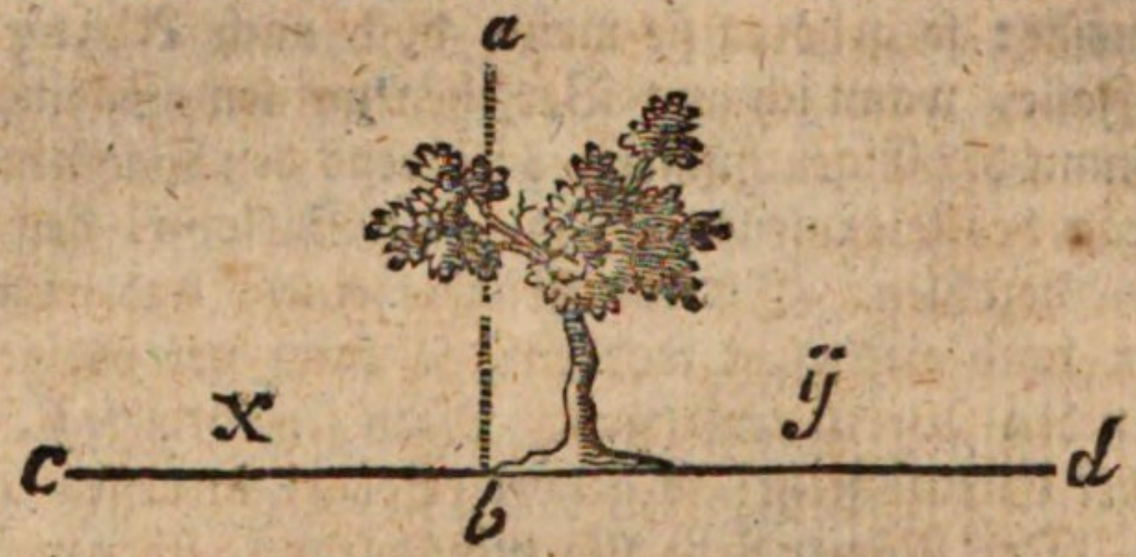
eignen

eignen Boden aussäe: so gehören sie mein, doch nach Abzug der Kosten; das heist in dem Falle, wann ich aus Versehen meinen Saamen auf fremdes Land säe: so bekommt der Eigenthümer des Bodens den Saamen nicht umsonst; er muß den Betrag des Saamens selbsten, den Säelohn, den Eggelohn und alle andere Kosten bezahlen. Ist der Saame einem andern gestohlen, und von mir auf mein Land ausgesäet worden: so kann der vorige Eigenthümer ebenfalls zuweilen den Werth verlangen. Man sehe den 316. §. 2) Wann der Baum auf der Grenze steht: so gehört er dem, in dessen Boden er seine Wurzeln streckt. Der Römer sieht also nicht darauf, über wessen Boden der Baum seinen Stamm und Aeste hat. Wann der Baum z. E. auf meines Nachbars Boden steht, und seine Wurzeln allein darin hat: so gehört er ihm allein, obgleich die Aeste über mein Grundstück hinragen; und daher gehören ihm auch die Früchte, welche an diesen Aesten hängen; dergestalt, daß, wann sie auf meinen Grund fallen, ich das Auflesen dem Nachbarn erlauben muß. 3) Hat er die Wurzeln in dem Boden der beyden Nachbarn: so gehört er auch beyden gemeinschaftlich, und zwar *pro regione cujusque praedii*, wie L. 8. cit. sagt, das heist jemehr Wurzeln er in einem Grundstück hat, einen desto grösseren Antheil hat der Herr des Grundstückes daran (* 1). 4) Wann meine Pflanze auf des andern Boden gesetzt wird: so gehört sie dem Eigenthümer des Bodens, sobald sie Wurzel schlägt; ehe dies geschehen ist, kann ich sie vindiciren. Gesetzt also mir werden Bäume gestohlen, und einem andern verkauft, er setzt sie in seinen Garten. Sobald sie Wurzel geschlagen haben, ist er Eigenthümer derselben.

(1) *Merillius* ad §. 31. h. t.

§. 328. Deutsches Recht.

Der heutige Gerichtsbrauch nimmt die bisher vorgetragene Sätze nicht alle an. Dann nach einer in Deutschland angenommenen allgemeinen Gewohnheit wird das Eigenthum eines Baumes nicht aus der Wurzel, sondern aus dem Stamme und den Aesten beurtheilt. Sind diese ganz über meinem Grundstücke: so ist der Baum ganz mein; wenn er auch Wurzeln in des Nachbars Boden hätte. Steht der Baum auf der Grenze: so gehört soviel davon mein, als über meinem Grundstücke hängt.



Wann z. E. der Garten c b dem X, und der Garten b d dem Y gehört, so ist der Stamm des Baumes bey b, und der Theil der Aeste, welcher nicht durch die (auf dem Grenzpunct b stehende) Perpendicularlinie a b reicht, dem Y; der Theil der Aeste aber, welche durch diese reicht, dem X. Daher kann X diese Aeste weghauen, und wann er sie stehen läßt, die Früchte davon, oder den **Ueberfall**, wie man es nennt, verlangen (* 1). Doch wird an einigen Orten der Ueberfall zwischen den Nachbarn getheilt (* 2).

(1) *Stryk* us. mod tit. de adquir. rer. dom. §. 28.
(2) *Hahn* ad *Wesenbec.* tit. de glande legenda.

§. 329. Von dem Genuß der Früchte.

Ein dritter wichtiger modus adquirendi ist der Genuß der Früchte, fructum perceptio. Wir müssen vor allen Dingen überlegen, was Früchte sind, und daher zuvor den allgemeinen Begriff der causae kennen lernen. S. die 19. Tabelle. *Causa* heist bey den römischen Juristen alles, was mit einer Sache in einigem Zusammenhang steht, und dies ist entweder in der Sache, oder ausser ihr. Im ersten Fall heist es causa interna, im letzten causa externa. Zu der causa interna gehören a) die moralische Eigenschaften einer Sache, z. E. die Gerechtigkeiten, welche einem Gute ankleben, Jagdgerechtigkeit, Jurisdiction u. s. w. b) Die physische Eigenschaften, Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit, gesunde oder ungesunde Lage eines Gutes, guter oder baufälliger Zustand eines Hauses; Alter oder Jugend eines Pferdes, u. s. w. Die äusserliche causa heist auch *accessio*, und ist entweder *fructus*, oder *accessio stricte dicta*. Fructus nemlich heissen solche accessiones, die den Grund ihrer Existenz in der Sache haben, z. E. das Gras, das auf der Wiese wächst, gehört zu der Wiese, hat einen Zusammenhang damit. Es ist also causa. Aber es ist nicht in, sondern ausser der Wiese, also causa externa. Der Grund seiner Existenz liegt in der Wiese, folglich ist es fructus. Hingegen die Tapeten sind accessoria stricte sic dicta von der Stube. Dann sie gehören zur Stube, sind also causa; sie sind ausser der Stube, also causa externa; und haben den Grund ihres Daseyns nicht in der Stube; sind also

keine

keine fructus. Die fructus werden auf mancherley Art abgetheilt: a) in ordentliche und ausserordentliche. Ordentliche heissen die, um derentwillen man eine Sache anzuschaffen pflegt. Z. E. einen Acker kauft man um des Getreides, eine Wiese um des Grases, ein Baumstück um des Obstes willen. Also Getreide, Gras und Obst sind ordentliche Früchte. Hingegen kauft man einen Wald nicht um Trüffeln oder Schwämme darin zu finden. Diese Dinge nennt man also fructus extraordinarios. Man rechnet auch die Schätze hierher; allein diese sind gar keine fructus; weil der Grund ihrer Existenz nicht im Grund und Boden liegt. b) Die fructus sind entweder ciuiles oder naturales, diese entweder naturales stricte, oder industriales. Nemlich wann die Existenz der Früchte einen physischen Grund in der Sache hat: so heissen sie naturales; ist der Grund aber moralisch: so heissen sie ciuiles fructus. Zu dem ersten gehört z. E. Getreide, Gras, Obst; zu den letzten z. E. Zinsen von einem Capitale; Miethgeld, das man aus einem Hause zieht; der emphyteutische Canon (§. 901.) u. s. w. Die natürliche Früchte kommen entweder ohne Cultur durch die blose Wirkung der Natur hervor; oder sie müssen gesäet, gepflanzt, gepflegt werden. Jene heissen naturales stricte, z. E. Gras, Eicheln, wildes Obst ꝛc. diese industriales, z. E. Getreide, veredeltes Obst, Gartenfrüchte u. s. w. Endlich c) sind die Früchte entweder percepti oder percipiendi; die percepti entweder pendentes oder percepti in strengerer Bedeutung. Percepti heissen die, welche wirklich von der Sache gezogen worden sind; percipiendi, welche nicht wirklich gezogen worden sind; aber doch hätten gezogen werden können, wann der Besitzer der Sache gewollt, und die gehörige Mittel angewendet hätte. Pendentes die, welche noch mit der Sache auf der sie wachsen, verbunden sind, z. E. das Obst, wann es noch an den Bäumen hängt: das Getreide, wann es noch nicht abgeschnitten; das Gras, wann es noch nicht gemähet ist. Sobald die Früchte aber von der Sache, wo sie wachsen, separirt sind, heissen sie percepti in eigentlichem Verstande. Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den Begriff der fructuum perceptionis zu verstehen. Wann ich nemlich eine Sache als Eigenthümer, als Usufructuar, als Miethsmann, als antichretischer Glaubiger, oder als bonae fidei possessor besitze: so gehören die Früchte, welche die Sache hervorbringt, mein. Was ein Eigenthümer ist, wissen wir. (M. s. §. 287.) Usufructuar ist einer, der ein dingliches Recht auf eine fremde Sache hat, vermöge dessen er lebenslang alle Früchte davon genießt. (Man s. den 371. §.) Daß der Miethsmann eines Gartens, Ackers, einer Wiese u. s. w. die Früchte von der gemietheten Sache zieht, ist bekannt, und wird unten (§. 927. u. s. f.) vorkommen. Wann ich einem eine fruchtbringende Sache zum Unterpfand gebe, und ihm die Früchte statt der Zinsen überlasse: so heist er ein antichretischer Glaubiger. Auch er

genießt also die Früchte. Endlich hat auch der bonae fidei possessor ein gewisses Recht auf die Früchte, welches der folgende Paragraph weiter erklärt.

§. 331. Insonderheit des bonae fidei Besitzers.

Nemlich wann ich eine fremde Sache mit ununterbrochener bona fide und iusto titulo besitze: so werde ich einem wahren Eigenthümer gleich geachtet, und acquirire die Früchte durch die Perception. Also man setzt voraus, daß ich a) eine fremde Sache besitze. Ich kaufe z. E. ein Landgut von einem, der für den nächsten Erben des verstorbenen Eigenthümers gehalten wird; nach einiger Zeit aber erscheint der nähere Erbe, nimmt jenem die Erbschaft, und mir das Landgut wieder weg. b) Ich besitze sie bona fide, ich glaube aus wahrscheinlichen Gründen, daß sie mein sey. c) Die bona fides ist ununterbrochen. Dann ich will alle Jahre die Früchte geniessen; folglich muß ich alle Jahr in bona fide seyn. d) Ich habe iustum titulum; das heist einen rechtlichen Grund, der es mir möglich gemacht hätte, Eigenthümer zu werden, wann nur der Verkäufer der wahre Erbe gewesen wäre. e) Ich habe während meines Besitzes auf dem Landgute Früchte gezogen, und sie consumirt, das heist, sie verzehrt, verfüttert, veräussert. In diesem Falle bin ich nicht schuldig, die Früchte dem Eigenthümer zu ersetzen. Der folgende Abschnitt setzt dieß weiter auseinander.

§. 332. Fortsetzung.

Nemlich 1) die Früchte gehören nicht ehe dem redlichen Besitzer, als bis er sie percipirt, das heist von der fruchttragenden Sache abgesondert; z. E. bis er das Obst von den Bäumen genommen, das Getreide abgeschnitten, das Gras gemähet hat. Solang als die fructus noch pendentes sind, gehören sie dem bonae fidei possessori nicht. 2) Der redliche Besitzer erhält alle Früchte, nicht nur die industriales, sondern auch die naturales. Bachov, Huber und andere (* 1) glauben, daß er nur die erstere bekomme, weil es im §. 35. I. h. t. heist: der bonae fidei possessor erhalte die fructus *pro cultura & cura*. Allein diese Worte beweisen Hubers Meynung nicht. Dann a) obgleich die fructus naturales keine culturam erfordern, so haben sie doch curam nöthig. Das Gras z. E. ist fructus naturalis, aber gleichwohl muß die Wiese von Moose gesäubert, und gewässert werden; man muß die Maulwurfshaufen niederstossen ꝛc. ꝛc. Ausserdem läßt sich b) antworten, der bonae fidei possessor muß bey einigen Früchten Cultur und Sorgfalt anwenden; dafür bekommt er alle, auch diejenige Früchte, welche keine Wartung erfordern (* 2). 3) Der unredliche Besitzer kann sich gar keine Früchte zueignen; er muß sogar die fructus percipiendos dem Eigenthümer ersetzen. Einige ältere Juristen behau-

behaupten zwar, daß dieſes eine Ausnahme leide, wann der malae fidei poſſeſſor doch einen Titel habe; z. E. er kauft die Sache, weiß aber daß der Verkäufer nicht berechtigt iſt, ſie zu veräuſſern. Allein dieſe Ausnahme hat in den Geſetzen keinen Grund (* 3).

(1) *Bachov.* in commentar. ad I. §. 35. h. t. *Huber* in praelect. h. t. §. 46.
(2) *Noodt* probab. lib. 2. cap. 7. *Thomaſ.* ad *Huber* l. c. *Vinn.* ſel. quaeſt. lib. 1. cap. 25. *Reinold* diſſ. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opuſcul. pag. 468. *Cocceji* in iur. controv. tit. de rei vind. Quaeſt. 8. *Walch* controverſ. pag. 111. und dieſe Meynung iſt auch in der Praxis angenommen. *H. Piſtor* lib. 4. Quaeſt. 26. n. 5. 6.
(3) *Hunnius* in reſolut. lib. 2. tract. 1. Quaeſt. 35. p. 292. *Cocceji* l. c. Quaeſt. 12.

§. 333. Fortſetzung.

Der bonae fidei poſſeſſor acquirirt die Früchte, doch nur mit einer gewiſſen Einſchränkung; nemlich in ſoweit, daß er ſie **conſumiren** und **verjähren** kann. Wann der wahre Eigenthümer kommt, und ſeine Sache vindicirt: ſo kann er a) keinen Erſatz wegen der **conſumirten** Früchte fordern. b) Wann die Früchte noch vorhanden, aber über drey Jahre alt ſind; ſo ſind ſie **verjährt**, und der bonae fidei poſſeſſor giebt ſie nicht heraus. c) Wann aber die Früchte **nicht conſumirt, auch noch nicht verjährt** ſind: ſo müſſen ſie dem Eigenthümer verabfolgt werden. Dieß iſt wenigſtens die gemeine Meynung, welche Vinnius, Coſta, Walch, Fricke und andere (* 1) vertheidigen. Sie iſt aber gar nicht auſſer Zweifel. Dann 1) behaupten verſchiedene Juriſten der bonae fidei poſſeſſor behalte die Früchte ſchlechterdings, auch wann ſie nicht conſumirt, oder verjährt wären. Dieſe Meynung hat neuerlich Madihn (* 2) weitläuftig vertheidigt. Andere (* 3) verlaſſen die gemeine Meynung nur in Anſehung der fructuum induſtrialium; in Anſehung der naturalium nehmen ſie dieſelbe an. 2) Glauben nicht wenige Rechtsgelehrten (* 4), der bonae fidei poſſeſſor müſſe die conſumirte Früchte erſetzen, wann er locupletior davon wäre; das heiſt a) wann er ſie veräuſſert hat, und den Werth noch beſitzt; b) wann er ſie verzehrt, und deswegen von ſeinem eignen Vermögen weniger ausgegeben, mithin etwas erſpart hat. Z. E. er hat von dem Landgute, das er bona fide beſaß, für 100 Rthlr. Getreide gezogen, und in ſeiner Haushaltung verbraucht. Wann er das Gut nicht gehabt hätte, ſo würde er für dieſe Summe Getreide haben kaufen müſſen. Die Summe iſt alſo wegen dem Genuß der Früchte erſpart; er iſt aus den Früchten nun um 100 Rthlr. reicher, (locupletior eſt ex fructibus perceptis.) Aber die gemeine Meynung, daß der bonae fidei poſſeſſor einer **einzelnen Sache**, (von Erbſchaften iſt nicht die Rede,) die fructus conſumtos nicht erſetze, wann er gleich locupletior iſt, vertheidigen die meiſte und angeſehenſte Juriſten (* 5).

(1) *Vinnius* sel. quaest. lib. 1. cap. 26. *Costa* ad §. 35. I. h. t. *Walch* controvers. sect. 2. cap. 2. §. 13. pag. 112. *Alb. Phil. Frick* diss. de iure bonae fidei possessoris circa fructus ex re aliena perceptos. (Helmst. 1769.) §. 4.

(2) Diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni. Hal. 1754.

(3) Z. E. *Hunnius* in resolut. l. c. Quaest. 31. et 32. pag. 281. sqq.

(4) *Struv* syntagm. iur. ciu. Ex. 16. th. 54. *Lyncker* annot. ad Struv. l. c. *Moeckert* diss. de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum non semper immuni. Ien. 1763.

(5) *Cocceji* iur. controv. tit. de rei vind. Quaest. 9. *Reinold.* diss. ad tit. D. de A. R. D. cap. 6. in opusc. pag. 470. *Leyser* spec. 99. m. 4. *Wernher* P. 1. obs. 318. *Walch* controv. iur. ciu. sect. 2. cap. 2. §. 14. pag. 113. *Frick* diss. cit. §. 5. *Trendelenburg* diss. selecta quaedam capita doctrinae de iure possessoris circa fructum perceptionem. Kil. 1775. cap. 3.

§. 334. Von der Uebergabe. Erklärung derselben.

Die letzte natürliche Erwerbungsart ist die **Uebergabe**, *traditio*. Nach dem Naturrecht ist, wann ein dingliches Recht von einer Person auf die andere übergehen soll, nichts nöthig als ein Vertrag (* 1). Z. E. wann ich jemanden sein Haus abkaufe, und der Kauf vollkommen ist: so hat sein Eigenthum ein Ende, und ich bin Eigenthümer. Das römische Recht aber geht in diesem Stücke vom Naturrecht ab. Es erfordert zur Translation eines dinglichen Rechtes mehr als den Vertrag; der Vertrag wirkt nur ein ius ad rem. Wann ein dingliches Recht transferirt werden soll: so wird noch *traditio*, die Uebergabe erfordert. Was ist also dieselbe? Man bemerke: dieses Wort hat eine doppelte Bedeutung. In dem allgemeinen und vulgären Verstande versteht man darunter eine Handlung, wodurch der Besitzer seinen Besitz auf einen andern überträgt. In dieser Bedeutung kann man sagen, daß der Deponent die deponirte Sache dem Depositar tradire; daß der Verpachter (locator) die Sache dem Pachter, (conductori) tradire. In engerem und juristischem Verstande hingegen ist es die **Uebertragung des ungehinderten Besitzes von einer körperlichen Sache, welche an einen andern mit dessen Einwilligung in der Absicht geschieht, ihm ein dingliches Recht zu verschaffen.**

Die Note sagt, Uebergabe ist also von der Besitzergreifung verschieden. (§. 281.) Wann ich dem andern die Sache tradire, so ergreift er auch den Besitz. Aber umgekehrt kann jemand den Besitz ergreifen, ohne daß ein anderer tradiret. Wann z. E. mein Erblasser gestorben ist, und ich den Besitz seiner Verlassenschaft ergreife: so geschieht keine Tradition.

(1) Dieß ist die richtigere Meynung, die auch Grotius de I. B. et P. lib. 2. cap. 6. §. 1. cap. 8. §. 25. *Pufendorf* de I. N. et G. lib. 4. cap. 9. *Huber* digress. lib. 4. cap. 8. *Titius* ad *Pufendorf* de O. H. et C. lib. 1. cap. 12, §. 14. Struben rechtl. Bed. 3. Band, Seite 190. vertheidigen.

§. 335. Grundsätze davon.

Die Grundsätze, welche aus der Definition der Tradition fliessen, sind: 1) nur körperliche Sachen können in eigentlichem Verstande übergeben werden. Der Redegebrauch schränkt das Wort tradere auf körperliche Dinge ein. 2) Wer tradirt, will dem andern ein dingliches Recht verschaffen. Er selbst muß also befugt seyn, ein solches Recht zu transferiren. Wann ich insonderheit zu dem Ende tradire, um ein Eigenthum zu transferiren: so muß ich das Recht zu veräussern (ius alienandi) haben. Dann veräussern heist nichts anders, als das Eigenthum auf jemand übertragen. 3) Soll die Tradition ein Eigenthum wirken: so muß der Tradirende auch die Absicht haben, ein solches Recht zu transferiren, kurz: die Absicht zu alieniren haben 4) Ist erforderlich: daß ein rechtmäßiger Titel vorausgehe. Dann wann ein ius in re übergehen soll: so muß ein rechtlicher Grund vorhanden seyn, der dieß möglich macht. Dieser aber heist iustus titulus (§. 293.) 5) Muß kein anderer im Civilbesitz der Sache seyn, (res vacuae possessionis ciuilis sit.) Wann ich einem andern eine Sache übergebe, ein dritter aber noch im Civilbesitz ist, und nicht heraus will; so wirkt meine Tradition kein Eigenthum, wie L. 13. Cod. de distract. pign. und L. 12. C. de probat. zeigen. Verschiedene Juristen, z. E. Donellus, Huber, van Eck und Pufendorf und mehrere (* 1) sind zwar anderer Meynung. Aber die allegirte Gesetze sind deutlich genug (* 2).

(1) *Donellus* in commentar. iur. ciu. lib. 4. cap. 19. pag. 269. *van Eck* thes. iur. controv. §. 23. *Pufendorf* in obs. iur. vniu. Tom. 1. obs. 2. pag. 2.

(2) Man sehe *Contii* lib. 1. disput. cap. 8. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de adq. rer. dom. §. 63. *Cocceji* in iur. controu. eod. tit. Quaest. 11. Struben rechtl. Bed. 3. Band. 52. Bedenken. *Watch* controuers. p. 117.

§. 336. Folgen aus denselben.

Die Tradition setzt körperliche Sachen voraus; Gerechtigkeiten können nur quasitradirt werden. Wann ich z. E. die Jagdgerechtigkeit als ein dingliches Recht auf einen übertragen will: so ist nicht genug, daß ich sie ihm durch einen Vertrag abtrete, sondern ich muß sie ihm auch quasitradiren. Die Quasitradition geschieht dadurch, daß der andere diese Gerechtigkeit Einmal ausübt, einmal auf die Jagd geht, und ich es geschehen lasse. Oder ich habe einem das Recht, aus meinem Brunnen Wasser zu schöpfen als ein ius in re verstattet. Wann er einmal ohne meinen Widerspruch Wasser geholt hat: so ist ihm das Recht quasitradiret. Ehe dieß geschehen ist, hat er nur ein ius ad rem. 2) Die Tradition kann durch jede körperliche Handlung geschehen, wodurch ich zu erkennen gebe, daß ich den andern in den Besitz gesetzt habe. Dahin gehört: a) wann ich dem Acquirenten die bewegliche Sache in seine Hände gebe;

gebe; b) wann ich ihn in das Grundstück z. E. in das Haus, den Garten führe; c) wann ich die Sache auf sein Verlangen in seinem Hause niederlegen lasse; d) wann ich ihm erlaube, einen Wächter bey die Sache zu stellen (* 1). Wann man statt der Sache ein Zeichen übergiebt, welches die Sache vorstellet: so heist sie die symbolische. Dergleichen ist a) wann ich einem die Schlüssel zu dem Hause statt des Hauses übergebe; oder b) die Documente, welche von der Sache reden, statt der Sache; c) wann ich einen Span aus dem Gebäude schneide, und statt des Gebäudes tradire. Dieß heist *effestucatio*. d) Wann ein Schollen aus dem Grundstück statt des Grundstückes übergeben wird. Diese Tradition heist in der Sprache des Mittelalters *scotatio*. Zuweilen zeigt man einem die zu übergebende Sache von weitem. Diese Art von Tradition heist, weil man dabey gewöhnlich einen langen Arm macht, *traditio longae manus*. Endlich wird auch in einem gewissen Falle die Tradition, die nicht wirklich geschehen ist, geschehen zu seyn fingirt. Dieß nennt man *traditionem breuis manus*. Wann nemlich jemand eine Sache nicht als Eigenthümer besitzt, und ich erkläre, daß er sie von nun an als Eigenthümer behalten solle: so sagt man, ich habe sie ihm breui manu tradiret. Es ist wirklich keine körperliche Handlung, keine Tradition vorgegangen. Die Gesetzgeber aber lassen in dem gegebenen Falle meine wörtliche Erklärung als eine Tradition gelten. Z. E. jemand hat bisher in meinem Hause als Miethsmann gewohnt. Jetzt kauft er mir das Haus ab, und ich declarire, daß er es als Eigenthümer behalten soll. Diese Erklärung gilt für eine Uebergabe, und heist *traditio ficta*, oder *breuis manus*. Die Ursache, warum in diesem Falle keine wahre Tradition nöthig ist, und die wörtliche Erklärung statt einer Tradition gilt, liegt darin, weil es die Gesetze als eine unnöthige Weitläuftigkeit ansehen, wann mir der andere die Sache, z. E. das Haus tradiren, und ich es ihm alsdann wieder zurückgeben müßte.

(1) L. 51. D. de adq. vel amit. poss. *Struk* Vs. mod. tit. de adquir. rer. dom. §. 34.

§. 337. Fortsetzung.

Die Tradition muß wann sie Wirkung haben soll, von einem solchen geschehen, der befugt ist, ein dingliches Recht zu transferiren. Daraus folgt 3) daß, wann der Tradirende nicht dazu befugt ist, die Tradition kein dingliches Recht, und insonderheit kein Eigenthum gebe. Wann übrigens der, welchem tradirt wird, aus wahrscheinlichen Gründen glaubt, daß der tradirende ein dingliches Recht transferiren könne, so wird er ein treuer Besitzer, (*bonae fidei possessor*.) Z. E. jemand befindet sich mit Unrecht im Besitz einer Erbschaft; jedermann hält ihn indessen für den wahren Erben. Er verkauft mir ein Erbstück, und tradirt es. In diesem Falle werde ich durch die Tradition

dition kein Eigenthümer, aber doch ein possessor bonae fidei. 4) Ein Pupill kann sich ohne seines Vormünders Einwilligung nicht verpflichten, und nichts von seinen Sachen veräussern. Daher kann er auch für sich allein nichts gültig tradiren.

§. 338. Fortsetzung.

Die Tradition erfordert iustum titulum. Wann dieser nicht vorausgeht, so wirkt die Tradition kein dingliches Recht. Indessen bemerke man doch, es ist nicht nöthig, daß dieser titulus allemal ausdrücklich benennt werde. Wann auch keiner exprimirt wird, aber doch gewiß ist, daß der tradirende die Absicht zu veräussern habe: so wird titulus donationis präsumirt. Bey dem Kaufcontracte ist noch das besondere verordnet, daß wann ich einem eine Sache auf baare Zahlung verkaufe, und tradire, der Käufer nicht Eigenthümer wird, ehe als er die Zahlung leistet. Die Ursache ist, weil der Verkäufer die Absicht nicht hat, das Eigenthum eher zu überlassen, als er sein Geld bekommen hat. Uebrigens wird, wie gesagt, vorausgesetzt, daß auf baares Geld, und nicht auf Conto oder Credit gehandelt worden ist, (quod venditor fidem de pretio non habuerit.) Dann in diesem Falle geht das Eigenthum sogleich durch die Tradition über. 6) Die Tradition kann auch an ungewisse Personen geschehen, nur müssen sie überhaupt (*indefinite*) gewiß seyn, das heist ich kann mehreren Personen etwas übergeben, ohne zu bestimmen, wer von ihnen es haben solle. Der Fall, worauf dieser Satz sich bezieht, ist folgender: wann ich Geld unter das Volk auswerfe, (si iacio missilia, so ist der Haufe Menschen, dem ich es übergebe, bestimmt, wer aber von ihnen jedes Stück Geld bekommen wird, ist ungewiß. Dieß soll also eine traditio in personas incertas seyn, quae indefinite certae sunt. Allein die Note bemerkt ganz richtig, diese Vorstellungsart sey gezwungen; bey dem Geldauswerfen geschieht vielmehr eine Occupation. Dann in dem ich es wegwerfe, derelinquire ich es; es wird also res nullius; und vom Volke occupirt. Vinnius (*1) will zwar leugnen, daß bey dem Geldauswerfen eine Dereliction geschehe; aber ohne allen Grund, wie Heineccius in seinen Noten zum Vinnius gezeigt hat.

(1) In commentar. ad §. 45. I. h. t.

TIT. II.

De rebus corporalibus et incorporalibus.

§. 339. Die Sachen sind entweder körperlich oder unkörperlich.

Wir haben oben mancherley Eintheilungen der Dinge kennen gelernt. (§. 261. 272. 278. 279.) Noch eine ist übrig, welche von den Verfertigern der Institutionen eines eigenen Titels werthgeachtet worden ist; dieß ist die Eintheilung in **körperliche und unkörperliche Dinge.** S. die 20. Tabelle.

§. 340. Erklärung beyder Gattungen.

Körperliche Dinge heissen die zusammengesetzte Substanzen. Was keine Substanz, oder nicht aus Theilen zusammengesetzt ist, heist eine **unkörperliche Sache.** Die römische Juristen sagen: res corporales sunt, quae tangi possunt, das heist, die in die Sinne fallen; incorporales, quae tangi non possunt. Aber es giebt körperliche Dinge, z. E. die magnetische Materie, die mit keinen Sinnen empfunden werden können. Die erste Definition ist also richtiger. Die unkörperliche Dinge sind entweder 1) moralische; dahin gehören a) **Gerechtigkeiten und Ansprüche;** z. E. das Erbrecht, das Recht des Niesbrauches, die Jagdgerechtigkeit, Zehendrecht, Schuldforderungen: b) die **Verbindlichkeiten.** Z. E. eine Schuld von 1000 Rthlr. die ich einem andern zu bezahlen habe, ist sowohl in Rücksicht auf den Glaubiger, als auf mich eine unkörperliche Sache. Oder 2) physische. Dergleichen sind genera und quantitates. Wann ich nemlich nicht eine gewisse bestimmte Sache, sondern eine Sache überhaupt (rem in genere) zu fordern habe: so sagt der Jurist meine Forderung gehe auf eine unkörperliche Sache. Z. E. jemand vermacht mir eine goldene Uhr; nicht ein gewisses Individuum, sondern eine solche Uhr **überhaupt.** In diesem Falle habe ich eine unkörperliche Sache zu fordern. Wäre mir eine bestimmte, individuelle goldne Uhr vermacht: so hätte ich etwas körperliches zu fordern. Auch die Quantitäten gehören hieher. Wer z. E. 1000 Thlr., 100 Malter Waizen zu fordern hat, der fordert eine unkörperliche Sache.

In der Anmerkung leitet unser Autor die juristische Definition der körperlichen und unkörperlichen Sachen aus der Stoischen Philosophie her. Wer Lust hat, diese Sache weitläuftig und mit Gelehrsamkeit ausgeführt zu lesen, kann die angeführte **Meisterische** Abhandlung nachschlagen.

§. 341. Unkörperliche Dinge werden nicht beſeſſen, nicht tradiret, ſind nicht im Eigenthume.

Die Wörter beſitzen, übergeben, Eigenthum gehen nach dem Redegebrauch nur auf körperliche Dinge. Von den Gerechtigkeiten ſagt man nicht im eigentlichen Verſtande, daß man ſie im Beſitz habe, daß man ſie einem tradire, daß einem ein Eigenthumsrecht darauf zuſtehe. Indeſſen ſagen doch die Juriſten von dieſen Dingen quaſi poſſidentur, quaſi traduntur, in bonis ſunt. Wann es mir nemlich phyſiſch möglich iſt, eine Gerechtigkeit auszuüben: ſo bin ich im Quaſibeſitz. Was die Quaſitradition der Gerechtigkeiten ſey, iſt vorhin erſt erklärt worden. (§. 336.) Und endlich wann mir eine Gerechtigkeit dergeſtalt zuſteht; daß ich darüber nach Gefallen diſponiren darf: ſo iſt ſie *in bonis meis*.

§. 342. Bewegliche und unbewegliche Dinge.

Die körperliche Sachen laſſen ſich entweder ohne Schaden von einem Orte zum andern bewegen, oder nicht. Im erſten Falle heiſſen ſie bewegliche, im letzten unbewegliche. Alſo unbeweglich ſind a) die Sachen, welche ſich gar nicht von einem Orte zum andern bringen laſſen, z. E. Aecker, Wieſen, Gärten; b) Dinge, welche man nicht unbeſchädigt von der Stelle bringen kann, z. E. Gebäude. Bewegliche Dinge hingegen ſind a) ſolche, die ſich ſelbſt von der Stelle bewegen, als Sklaven und Thiere, (*res ſeſe mouentes*;) b) die ſich bewegen laſſen, z. E. Tiſche, Stühle, Bücher u. ſ. w. (*res mobiles ſtricte*.)

Die unbewegliche Sachen ſind entweder von Natur, oder durch die Diſpoſition der Geſetze unbeweglich, (res immobiles vel *natura*, vel *iuris intellectu* tales ſunt.) Es giebt nemlich Sachen, die ihrer Natur nach beweglich ſind; aber doch von den Geſetzen unter die unbewegliche gerechnet werden. Der Grund liegt entweder a) darin, weil dieſe Sachen mit einer unbeweglichen feſt verbunden ſind; z. E. die Bäume auf einem Grundſtücke, die fructus pendentes, Tapeten im Hauſe u. ſ. w. oder b) weil ſie zum beſtändigen Gebrauche einer unbeweglichen Sache beſtimmt ſind. Dergleichen ſind die Ziegel auf dem Dache, Fenſter, Thüren; die Braugefäße in einem Brauhauſe, Bälge, Hämmer, Ämboße in einem Eiſenhammer (* 1). Uebrigens iſt die Diſtinction zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen wichtig, weil in vielen Puncten die bewegliche Dinge andere Rechte, als die unbewegliche haben, wie in den Pandecten gezeigt wird. Ich will hier nur einige von dieſen Puncten bemerken. In der Lehre von der Verjährung diſtinguirt man zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Dingen; dann jene werden in drey, dieſe erſt in zehen oder zwanzig Jahren verjährt. (§. 400.) Auch in der Ma-

terie vom Heyrathsgut ist die Distinction wichtig. Dann von beweglichen Heyrathsgütern ist der Ehemann unumschränkter Eigenthumsherr, von unbeweglichen nicht immer (§. 418.)

(1) *Paul Voet.* tr. de mobilium et immobilium natura, (Vltrai. 1666. 8.) cap. 3. seqq. *Io. Aug. Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium cap. 1. in opusc. pag. 141. seqq.

§. 343. Ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören?

Die Distinction zwischen beweglichen und unbeweglichen Dingen paßt nur auf die körperliche; dann die unkörperliche sind weder beweglich noch unbeweglich. Indessen ist es doch 1) zuweilen nöthig, daß man sie entweder unter die eine, oder die andere Classe rechne. Z. E. wann jemand den A zum Erben aller seiner beweglichen Dinge, den B zum Erben aller unbeweglichen einsetzt, und sich in der Verlassenschaft unkörperliche Dinge, z. E. Zehendrecht, ausstehende Schulden u. d. g. befinden. In diesem Falle ist die Sache durch mancherley Distinctionen zu entscheiden, wie in den Panderten vorgetragen werden wird. 2) Erfördert es zuweilen die Billigkeit im erklären, daß man unter dem Ausdrucke: meine bewegliche und unbewegliche Sachen, auch die Gerechtigkeiten mitbegreife. Dieß geschieht, wann ich jemanden *titulo oneroso*, das heist nicht unentgeltlich, ein Recht auf meine bewegliche und unbewegliche Sachen gebe. Der Fall kommt hauptsächlich bey Verpfändungen vor. In Pfandverschreibungen nemlich heist es zuweilen: ich setze mein Vermögen, bewegliches und unbewegliches zum Unterpfande, und die Frage entsteht, ob auch des Schuldners Gerechtigkeiten darunter zu verstehen sind. Die richtigste Meynung ist die bejahende. Denn wer jene Formel braucht, der denkt sich unter dem Ausdruck beweglich- und unbewegliches Vermögen das ganze Vermögen, und hat gar nicht die Absicht, die Gerechtigkeiten auszuschliessen (* 1).

(1) *Franzk.* in comment. ad Pand. tit. de pign. et hyp. n. 117. *Lauterb.* in coll. th. pr. eod. tit. §. 23. *Leyser* sp. 26. m. 1. *Bynkershoek* lib. 3. obs. 2.

De

De actionibus ex dominio oriundis.

§. 344. Klagen aus dem Eigenthumsrecht.

Die Klagen, welche aus dem Eigenthumsrecht entstehen, sind die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*. Nemlich rei vindicatio heist in weitläuftigerer Bedeutung jede **Realklage**, oder jede Klage, welche aus einem dinglichen Rechte entsteht. (§. 284. 285.) In eigentlichem Verstande aber ist die rei vindicatio die Klage, welche aus der ersten Gattung des dinglichen Rechtes, aus dem Eigenthumsrechte entspringt, kurz die **Eigenthumsklage**.

Diese ist von zweyerley Art. (S. die 21. Tabelle.) Entweder wird neben der Vindication zugleich eine Handlung, ein Geschäft bestritten, oder nicht. Jene heist *rei vindicatio qualificata*, diese *simplex*. Die qualificata ist entweder *querela nullitatis*, oder *actio rescissoria*. Wann ich bey der Vindication bitte, daß ein gewisser Handel für **null und nichtig** erklärt werde: so stelle ich querelam nullitatis an; wann ich aber verlange, daß ein nach strengem Recht giltiger Handel um der Billigkeit willen wieder aufgehoben werde: so ist es actio rescissoria. Man stelle sich z. E. vor, die Sachen des Minderjährigen sind ohne Consens des Vormundes, oder ohne obrigkeitliches Decret veräussert worden. In diesem Falle kann er querelam nullitatis anstellen; nemlich bitten, daß die Alienation für nichtig erklärt, und ihm seine Sache wieder herausgegeben werde. Diese Klage ist nichts anders, als eine Gattung der Reivindication, eine qualificata rei vindicatio. Von der actione rescissoria wird im §. 407. ein Exempel vorkommen; und §. 1102. ein anderes, die actio Paulliana nemlich. Die simplex rei vindicatio entsteht entweder aus einem **wahren** Eigenthumsrechte; oder aus einem **fingirten**. Im ersten Falle heist sie rei vindicatio *ciuilis*, im letzten *praetoria* oder *actio Publiciana*.

Die Definition der Reivindication enthält folgende Charactere: 1) diese Klage wird vom **Eigenthümer** angestellt. Der Kläger muß also sein Eigenthumsrecht an die Sache, welche er fordert, erweisen. Zu dem Ende muß er entweder zeigen: a) daß ihm der wahre Eigenthümer die Sache iusto titulo überlassen und tradirt; oder b) daß er die Sache durch die Verjährung erlangt; oder c) daß er sie vom landesherrlichen Fiscus gekauft habe. Nemlich wann ich eine Sache vom Fiscus kaufe, und tradirt erhalte: so werde ich Eigenthümer, wann es auch gleich der Fiscus nicht war. Man denke sich den Fall, ein Mensch stirbt ohne Erben; der Fiscus occupirt also die Verlassenschaft, und darunter sind Sachen, welche dem Verstorbenen nicht eigen, sondern nur

geliehen waren. Der Fiscus nimmt sie aber bona fide mit der übrigen Verlassenschaft zu sich, und verkauft sie mir. Vermöge eines besondern dem Fiscus zustehenden priuilegii werde ich durch diesen Kauf sogleich nach der Tradition Eigenthümer. Oder er muß d) beweisen daß die Sache res nullius war: und von ihm occupirt worden ist; oder e) daß er sie iure acceſſionis, oder f) iure fructuum perceptionis besitze; oder g) daß sie mit seinem Gelde erkauft worden sey. Nur wird in diesem letzten Fall erfordert, daß er eine von den Personen ist, welche das besondere Privilegium haben, daß Sachen, die mit ihrem Gelde erkauft werden, ihnen gehören. Der Regel nach nemlich kann ich eine Sache nicht aus dem Grunde in Anspruch nehmen, weil sie ein anderer mit meinem Gelde erkauft hat; z. E. wann ich meine Börse verliehre, ein anderer sie findet, und sich etwas dafür kauft: so ist diese Sache nicht mein. Nur einige Personen, die Pupillen, Minderjährige und, nach der Praxis, die Kirchen haben das Vorrecht, daß wann ihr Vormund oder Verwalter in ihre Casse greift, und sich etwas vom Gelde derselben ankauft, sie es als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen können.

Der zweyte Character ist, die Reivindication wird gegen jeden Besitzer angestellt. Dann sie ist eine Realklage. (§. 285.) Auch kann 3) der belangt werden, welcher betrüglich (dolo) aufgehört hat zu besitzen. Wann ich nemlich eine Sache aus meinem Besitz weggeschafft habe, in der Absicht dem Eigenthümer seine Reivindication zu vereiteln: so sagt man, ich habe dolo aufgehört zu besitzen. (§. 281.)

4) Die Bitte des Klägers ist, daß der Beklagte die Sache *cum omni causa* herausgeben soll; das heist er soll die Sache dergestalt restituiren, daß der Kläger alles bekomme, was er würde gehabt haben, wann ihm die Sache zur Zeit der Litiscontestation prästirt worden wäre. L. 20. D. de rei vind. L. 31. D. de reb. cred. Er muß also die Sache herausgeben a) mit den Acceſsionen; z. E. wann ich die Wiese vindicire, die durch die Alluvion einen Zuwachs erhalten hat: so muß mir der Besitzer auch diesen Zuwachs abtretten; b) mit den Früchten. Wann der Besitzer in mala fide war: so muß er fructus perceptos und percipiendos herausgeben; ist er aber in bona fide, so giebt er nur die fructus pendentes, und ſeparatos exſtantes, nondum uſucaptos. (§. 332. 333.) Dieß drückt unser Autor mit den Worten: fructibus ſecundum qualitatem poſſeſſionis, aus. Endlich c) gehört zu der cauſa auch, daß der malae fidei poſſeſſor den Schaden ersetze, wann er die Sache verdorben hat. Der bonae poſſeſſor ist dazu nicht verbunden, wie wir oben gehört haben. (§. 283. 6.)

§. 345. Von der Publicianischen Klage.

Wer die Reivindication anstellt, muß beweisen, daß er Eigenthümer sey. Dieser Beweiß aber ist oft sehr schwer. Ich kann zuweilen zwar soviel beweisen, daß die Sache durch einen rechtmäßigen Titel an mich gekommen ist, aber nicht daß mein *auctor*, das heist der, von dem ich die Sache erhalten habe, Eigenthümer war. In diesem Falle kommt mir der Prätor zu Hülfe. (§. 51. 52.) Er sagt, wann du einen rechtmäßigen Titel und modum adquirendi hast, auch in bona fide bist; dein Gegner aber, der die Sache besitzt, entweder keinen rechtmäßigen Titel hat, oder in mala fide ist: so will ich dir eine Klage gestatten, will fingiren, als ob du dein Eigenthum förmlich erwiesen hättest, und den Besitzer zur Herausgabe der Sache anhalten. Diese Klage heist von ihrem Erfinder, einem Prätor Quintus Publicius, *actio Publiciana.*

1) Sie gründet sich also *in dominio ficto* oder *putatiuo.* Dominus fictus oder putatiuus nemlich heist der, welcher iustum titulum, modum adquirendi und bonam fidem hat, aber nicht beweisen kann, daß sein Auctor auch Eigenthümer war. Sie hat aber 2) nur statt gegen einen, welcher infirmiore iure, das heist ohne rechtlichen Titel oder mala fide besitzt. 3) Ihr Zweck ist, daß dem Kläger das dominium putatiuum zuerkannt, und der Beklagte angewiesen werde, die Sache mit aller causa abzutretten.

TIT. III.

De seruitutibus praediorum.

§. 346. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.) daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, Eigenthum, Dienstbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht. Die erste Gattung, das Eigenthumsrecht, hat uns bisher beschäftigt, und wir gehen nun zu der andern Gattung, zu den Dienstbarkeiten über.

§. 347. Was ist eine Dienstbarkeit?

Die Servitut oder Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht auf eines andern Sache, vermöge dessen er auf dieser Sache entweder etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf, und zwar zum Besten einer Person oder Sache. Also sie ist 1) ein dingliches Recht. Wann

ich

ich nur ein *ius ad rem* gegen einen Menschen habe, vermöge dessen er auf seiner Sache etwas leiden muß, oder nicht thun darf: so habe ich keine Servitut. Z. E. wann mir einer sein Haus vermiethet, so muß er leiden, daß ich es bewohne. Weil ich aber kein dingliches Recht auf das Haus, sondern nur ein persönliches gegen den Vermiether habe, so steht mir keine Servitut zu. 2) Ist die Servitut ein Recht auf eine Sache. Wir reden also hier nicht von der Knechtschaft, oder von dem Zustande eines Menschen, vermöge dessen er im Eigenthum eines andern ist. 3) Sie ist ein Recht, vermöge dessen ein anderer leiden muß, daß ich etwas auf seiner Sache vornehme, was ich ohne Servitut nicht vornehmen dürfte; oder vermöge dessen der andere etwas unterlassen muß, was er sonst vermöge der natürlichen Freyheit thun dürfte. Z. E. wann mir jemand das Recht giebt, aus seinem Brunnen Wasser zu schöpfen, so muß er etwas leiden, das er ausserdem zu leiden nicht schuldig wäre; wann mir jemand verspricht, daß auf seinem Hofe nie ein Gebäude aufgeführt werden soll, das mir meine Fenster verdunkelt, so muß er nun das Bauen unterlassen, welches ihm vermöge der natürlichen Freyheit erlaubt wäre. In beyden Fällen ist also eine Servitut vorhanden. 4) Dieses leiden oder nicht thun gereicht einem andern Subject zum Besten. Nach dem strengen Rechte mußte ein Nutzen in eigentlichem Verstande durch die Servitut befördert werden. Um des Vergnügens willen konnte man keine Servitut bestellen. Nach den neuern Gesetzen und Gewohnheiten aber war dieses erlaubt (* 1). 5) Den Nutzen der Servitut genießt entweder die Sache, oder die Person. Daher sind die Servituten von zweyerley Art, entweder *reales siue praediales*, oder *personales*. (S. die 22. Tabelle.) Bey jeder Servitut ist das Object, auf welchem die Servitut ruhet, eine Sache. Aber nachdem das Subject, welchem das Recht der Servitut zustehet, verschieden ist, nachdem ist auch die Servitut verschieden. Nemlich wann die Servitut einem Menschen, für seine Person auf lebenslang zustehet, so heist sie eine persönliche; wann aber ein solches Recht allen Besitzern einer Sache zukommt, so ist eine seruitus realis vorhanden. Z. E. wann das Recht Wasser zu schöpfen, mir für meine Person zukommt, so daß ich es ausüben kann, aber nicht mein Erbe, auch nicht ein künftiger Besitzer meines Hauses: so ist es eine persönliche Servitut. Wann aber alle Besitzer meines Hauses befugt sind, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen: so ist dieses Recht eine reelle Dienstbarkeit.

In Deutschland giebt es noch eine dritte Art von Dienstbarkeiten. Sie kommen nicht allen Besitzern eines Grundstückes; sondern einer Person zu; aber sie sind doch nicht auf diese Person eingeschränkt. Sie gehen auf die Erben; man kann sie auch an andere veräussern. Z. E. jemand kann das Zehendrecht haben, dergestalt daß er es auf seine Erben zu transferiren, daß

er

er es zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken befugt ist. Diese Servituten waren den Römern unbekannt.

(1) *Noodt* probabil. lib. 1. cap. 2.

§. 348. Von den persönlichen Servituten.

Die meiste Servituten sind so beschaffen, daß sie der Eigenthümer einem andern nach Belieben entweder als reelle, oder als persönliche ertheilen kann. Einige aber können nach der Vorschrift der römischen Gesetze nicht anderst als persönlich gegeben werden. Zu der letzten Gattung gehören vier: vsus fructus, vsus, habitatio, opera seruorum. Dann man kann den vsumfructum nur einem Menschen für seine Person geben; nicht allen Besitzern eines gewissen Grundstücks, und so auch bey den übrigen. Alle andere Servituten, ausser den vier angeführten, gehören zu der ersten Art, das heist sie können eben sowohl reales als personales seyn. Sie werden aber gewöhnlich schlechthin seruitutes reales genennt, weil sie meistens allen Besitzern einer Sache ertheilt werden, und also in den meisten Fällen reales sind (* 1).

(1) *Berger* resolut. L. L. obst. Lib. 8. Tit. 1.

§. 349. Von den Realservituten.

Die römische Juristen erklären die seruitutem realem, sie sey eine Servitut *vbi praedium seruit praedio*; das heist deutlicher, sie ist eine Servitut, die allen Besitzern eines Grundstückes auf ein anderes Grundstück zustehet. Eine seruitus realis also setzt schlechterdings zwey Grundstücke oder praedia voraus; eines, dessen Besitzer das Recht der Dienstbarkeit haben, und ein zweytes, dessen Besitzer die Servitut leiden müssen. Das erste heist *praedium dominans*, das herrschende Gut; das andere *praedium seruiens*, das dienstbare Gut. Z. E. wann mein Nachbar auf seinem Hofe nichts bauen darf, was die Fenster meines Hauses verdunkelt: so ist der Hof das praedium seruiens, mein Haus das dominans. Wann ich um in meinen Garten zu kommen, über des Nachbars Acker fahren darf: so ist mein Garten praedium dominans, des Nachbars Acker praedium seruiens.

§. 350. Sie sind entweder vrbanae oder rusticae.

Die reellen Servituten werden in *vrbanas* und *rusticas* eingetheilt. Nemlich praedium vrbanum heist in der Materie von den Dienstbarkeiten jedes Gebäude, es mag in der Stadt oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung oder zu einem andern oeconomischen Gebrauch bestimmt seyn. Praedium rusticum aber ist jeder leere Platz, z. E. ein Hof, Garten, Acker, Wiese u. s. w. Dieß ist wenigstens die richtigere Erklärung, wie Vinnius (* 1), Noodt (* 2), und Koch (* 3) gezeigt haben. Wann eine Dienst-

barkeit zum Vortheil eines praedii vrbani bestellt ist, so heist sie vrbana; gereicht sie einem praedio rustico zum besten, so heist sie rustica (* 4). Eine und dieselbe Servitut kann also unter verschiedenen Umständen vrbana und rustica seyn; z. E. wann die Besitzer eines Hauses das Recht haben, ihr nöthiges Wasser aus des Nachbars Brunnen zu holen: so ist die Servitut eine vrbana. Dürfen aber die Eigenthümer eines Gartens das zum Begiessen der Gewächse erforderliche Wasser in dem benachbarten Brunnen schöpfen: so ist dieselbe Servitut eine rustica (* 5).

Die Note sagt, nach dem alten römischen Recht war die Distinction der Servituten in vrbanas und rusticas practisch. Dann diese waren res mancipi, jene nicht. Nachdem aber der Unterschied unter rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben ist: so hat auch jene Distinction allen Nutzen verlohren (* 6).

(1) *Vinn.* in sel. quaest. lib. 1. quaest. 30.
(2) *Noodt* ad Pand. lib. 8. tit. 3.
(3) Am a. O.
(4) Anderer Meynung ist *Pragemann* diss. de genuina notione seruitutis praediorum vrbanorum, (Ien. 1717.) cap. 4.
(5) *Merillius* ad §. 2. I. h. t.
(6) *Thomasii* diss. de seruit. stillicidii §. 15.

§. 351. Grundsätze bey den Servituten.

Die Hauptgrundsätze bey den Servituten sind folgende: 1) Jede Servitut ist ein Recht auf einer fremden Sache; von meiner eignen Sache ziehe ich Nutzen iure dominii, nicht iure seruitutis. Dieß drücken die römische Juristen also aus: *res propria nemini seruit.* 2) Alle Dienstbarkeiten bestehen darin, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas leiden, oder unterlassen muß; er muß z. E. leiden, daß ich über seinen Acker gehe oder fahre; leiden, daß ich meine Dachtraufe in seinen Hof fallen lasse; leiden, daß ich die Balken meines Hauses in seine Mauer lege; ꝛc. ꝛc. oder er muß das Bauen unterlassen, wodurch mir mein Prospect verdorben würde; darf in seine eigne Wand keine Fenster machen; darf das Regenwasser von seinem Dache nicht auffangen, sondern muß mir es überlassen ꝛc. ꝛc. Keine Servitut kann also *in faciendo* bestehen. Wann mir jemand verspricht, daß er zum Nutzen meines Grundstückes etwas thun wolle; z. E. alle Jahre meine Aecker pflügen, meine Wiesen wässern, meinen Garten umgraben wolle: so verpflichtet dieses Versprechen zwar ihn und seine Erben. Aber er kann den künftigen Besitzern seines Grundstückes, die nicht seine Erben sind, (successoribus singularibus,) keine Verbindlichkeit auflegen; er kann nicht versprechen, daß z. E. alle Besitzer seines Landgutes meine Aecker pflügen sollen,

len, u. s. w. er kann dieses Recht mir nicht als eine *seruitutem realem* geben. Einen befriedigenden Grund dieser Regel kann ich nicht angeben. Was man gewöhnlich sagt: seruitutem *res* debet; non persona; res autem *facere* non potest; ist soviel als nichts gesagt. Dann man kann eben so wenig behaupten, quod res *pati* aüt *non facere* possit; und wann gleich eine Sache nichts thun kann, so können es doch die Besitzer der Sache.

Die Note bemerkt, daß die seruitutes, bey welchen der Eigenthümer des praedii seruientis etwas leiden muß, *affirmatiuae*; die aber, wo er etwas unterlassen muß, *negatiuae* heissen. Also z. E. die Servitut über eines andern Acker zu gehen, zu fahren, ist eine affirmatiua; hingegen das Recht, meinem Nachbar das Bauen auf dem Seinigen zu verwehren, eine negatiua.

Ausserdem aber muß ich anmerken, daß es in Deutschland seruitutes in faciendo consistentes giebt. Nemlich wir haben erstlich die sogenannte Bannrechte, (*iura bannaria*,) die man als seruitutes in faciendo consistentes ansehen kann. Wir haben Bannmühlen, Bannschenken, Bannbrauhäuser, in welchen die Einwohner eines Orts ihr Getraide mahlen, ihr Getränke holen, ihr Bier brauen müssen. Sodann geschieht es zweytens sehr oft, daß die Besitzer eines Gutes zu gewissen Abgaben oder Diensten verpflichtet sind; sie müssen z. E. den Zehenden von den Früchten liefern, Holzfuhren thun, u. s. w. Auch diese Rechte kann man seruitutes in faciendo consistentes nennen (*[1]). Indessen denke man nicht, daß darum der römische Grundsatz: seruitus in faciendo consistere nequit, mit seinen Folgen gänzlich wegfalle. Wird werden §. 353. und 357. Exempel vom Gegentheile sehen (*[2]).

3) Alle Servituten sind untheilbar. Dann sie sind unkörperliche Dinge, und es ist unmöglich, sich die Hälfte, ein Drittheil ꝛc. einer Servitut zu denken. Wann daher a) jemand eine Servitut zu constituiren verspricht, und mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt: so kann jeder Erbe auf die Bestellung der Servitut belangt werden, (heredes seruitutem promittentis tenentur in solitum.) Stirbt der, welchem die Servitut versprochen worden ist, und hinterläßt mehr als Einen Erben, so kann jeder Erbe auf die ganze Servitut klagen, (singuli heredes stipulatoris solidum petunt.) L. 17. D. de seruit. b) Eine Servitut haftet daher auch auf dem ganzen dienstbaren Gute, und wann gleich ein Stück desselben zu Grunde gehet; z. E. wann ein Stück des Gartens: auf dem ich den Niesbrauch habe, vom Wasser weggespület wird; so bleibt sie doch auf dem übrigen Theile. c) Wann das herrschende Gut an mehrere Eigenthümer gelangt: so kann jeder die Servitut ausüben (*[3]). Endlich d) wann ich eine Servitut habe, und nicht alles thue, was ich vermöge ihrer thun dürfte: so erhalte ich mir dennoch die ganze Servitut; z. E. wann ich vermöge des Beholzigungsrechtes in einem fremden Walde alle Jahre 20

Klafter Holz fällen dürfte; aber lange Zeit nur 12 gefället habe: so ist darum das Recht auf die ganze Anzahl der 20 Klafter nicht verlohren (* 4). Aber ist dann auch der vsusfructus untheilbar? Viele Juristen (* 5) halten ihn für theilbar, andere (* 6) für untheilbar. Der ganze Streit ist Logomachie. Das Recht des Niesbrauches ist untheilbar, so wie andere Servituten; aber der Genuß, die *perceptio fructuum*, kann getheilt werden (* 7). 4) Nach den römischen Gesetzen giebt es keine seruitutes temporales; das heist ich kann einem keine Servitut bestellen auf eine gewisse Zeit, (in diem;) oder so, daß sie erst nach einer gewissen Zeit (ex die) gelten soll: auch nicht unter einer Bedingung. Den Grund dieser Verordnung hat Donellus (* 8) weitläuftig untersucht. Sie gründet sich doch am Ende auf nichts als Subtilitäten. Der Prätor, welcher dieses wohl begriff, gab mir daher exceptionem doli oder pacti, wann ich jemanden eine Servitut unter einer solchen Einschränkung zugestanden hatte, und er die Einschränkung überschreiten wollte. 5) Die seruitutes reales müssen causam perpetuam haben; das heist ein Recht, welches ich einem andern als eine Realservitut geben will, muß so beschaffen seyn, daß es der andere geniessen kann, ohne von mir dabey einen Handdienst nöthig zu haben. Z. E. wann ich befugt bin, in einer Wand eine Oeffnung zu haben, durch welche das Wasser aus des Nachbars Hof in mein Haus lauft, und meinen Fußboden abspület: so heist dieses Recht ius foraminis. Nun ist die Frage, ob ich mir dasselbe als eine seruitutem realem geben lassen kann? In der l. 28. D. de seruit. praed. vrb. wird ein Unterschied gemacht, ob Regenwasser durch das Loch läuft; oder ob der Nachbar das nöthige Wasser zum Abspülen meines Bodens jedesmal herbeytragen muß. Im ersten Falle kann das ius foraminis eine seruitus realis seyn; im letzten Fall nicht; dann jetzt muß der Nachbar etwas thun, eine seruitus realis aber kann nach römischem Recht nicht in faciendo bestehen. Indessen hat der Prätor auch diese Regel unwirksam gemacht. Dann er versprach einen jeden zu schützen, der sich im Besitz eines solchen Rechtes befände, wann es gleich keine causam perpetuam hätte. L. 2. D. commun. praed. L. 9. D. de seruit. praed. rust. Daher wird auch heutigestags auf diese Regel nicht mehr gesehen (* 9).

(1) *Titius* in diss. de seruitute faciendi, in collect. disp. num. 11.
(2) *Hommel* rhapsod. obs. 189. p. 178. Struben rechtl. Bed. 4. Band. Seite 404.
(3) *Hoffmann* tract. de iure rerum indiuiduar. cap. 3. sect. 2. Aph. 3. p. 209.
(4) *Ramdohr* diss. de toto iure per partialem usum seruato §. 24. *Pufendorf* Tom. 3 obs. 188. §. 29. Struben rechtl. Bed. 3 Theil. 67. Seite. *Car. Frid Seeger* diss. de notione non vsus seruitutum praedialium praesertim partialis, (Tubing. 1782.) §. 17. sqq.
(5) *Donell.* ad L. 2. D. de verb. oblig. *Goeddaeus* in tr. de contrah. et commit. stipulat.

ſtipulat. cap. 6. concl. 22. n. 295. *ſqq. Cuiacius* lib. 12. obſ. 13. *Franzkius* ad pand. tit. de vſufr. adcreſcend. n. 20. *Puſendorf.* Tom. 3. obſ. 188. §. 34.

(6) *Hotomann.* in quaeſt. illuſtr. Cap. 18. *Hunnius* ad *Treutler.* Diſp. 27. th. 41.

(7) *Hoffmann* l. c. cap. 1. Aph. 7. pag. 14. ſqq.

(8) *Donell.* in commentar. iur. ciu. lib. 11. cap. 10. Man ſehe auch *Jani a Coſta* praelect. ad illuſtriores quosdam tit. iur. ciu. (Lugd. Bat. 1773.) pag. 31.

(9) *Wieſand* opuſc. pag. 168. ſqq.

§. 352. Wie die Realſervituten entſtehen.

Die reelle Dienſtbarkeiten können auf mancherley Art entſtehen; 1) durch Verträge; wann ich einem die Servitut durch eine Schenkung einen Kauf, Tauſch u. d. gl. überlaſſe. 2) Durch letzte Willensverordnungen, z. E. ich vermache jemanden das Recht, daß er und alle Beſitzer ſeines Landgutes in meinem Walde jagen dürfen. 3) Durch die Verjährung. Ich will dieſen Punct zuerſt hiſtoriſch, alsdann aber dogmatiſch erläutern. In der Geſchichte dieſes Artikels ſind fünf Perioden zu unterſcheiden.

I. Die Geſetze der 12 Tafeln erlaubten die Uſucapion der Dienſtbarkeiten nicht. Sie redeten nemlich nicht davon: ſagten nur, bewegliche Sachen ſollten in Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren uſucapirt werden; man glaubte alſo die Verjährung der Dienſtbarkeiten ſey ſtillſchweigends verboten. II. In den mittlern Zeiten Roms, bis unter Auguſts Regierung hin, wurde die Uſucapion bey Dienſtbarkeiten verſtattet; (*1) wenigſtens bey ſeruitutibus ruſticis; dann in Anſehung der vrbanarum iſt die Sache zweifelhaft (*2). III. Zu des K. Tiberius Zeit wurde durch das Seriboniſche Geſetz das alte Recht wieder eingeführt, und die Uſucapion, die zweyjährige nemlich, der Servituten unterſagt. IV. Indeſſen verſprach der Prätor, einen im Beſitze zu ſchützen, welcher lange Zeit die Servitut nicht heimlich, nicht mit Gewalt und nicht bittweiſe ausgeübt habe. L. 10. pr. D. ſi ſeruitus vind. V. Juſtinian hat die *praeſcriptionem longi temporis* bey den Dienſtbarkeiten zugelaſſen. L. ult. cod. de praeſcript. long. temp. Auch die praeſcriptio longiſſimi temporis iſt dabey nicht ausgeſchloſſen.

Nach Juſtinianeiſchem Rechte verhält ſich alſo die Sache folgender Geſtalt. Wann ich eine Servitut durch Verjährung erlangen will: ſo habe ich ſie entweder durch einen rechtmäßigen Titel erworben, und *bona fide* ausgeübt; oder nicht. Im erſten Fall iſt die Servitut präſcribirt, binnen zehen Jahren, wann der Eigenthümer des dienſtbaren Guts gegenwärtig iſt, binnen zwanzig Jahren, wann er abweſend war. Man muß ſich den Fall denken, daß mir die Servitut ein *non dominus* beſtellt; oder deutlicher und genauer, daß ein Menſch, der nicht dazu befugt war, mir eine Dienſt-

barkeit bestellt. Dann wann mir einer dergleichen giebt, welcher dazu berechtigt ist, so acquirire ich die Servitut sogleich, und es bedarf keiner Präscription. Wir gehen zum zweyten Fall, wann ich die Servitut nicht durch rechtmäßigen Titel erhalten, oder nicht bona fide ausgeübt habe. Fehlt es am Titel, aber bona fides ist doch vorhanden: so kann ich die Servitut durch die Präscription von dreyßig Jahren erwerben. Fehlt aber bona fides; so ist die Präscription der Servitut unmöglich; dann ohne bonam fidem kann ich schlechterdings nichts durch Verjährung erwerben.

Allein giebt es dann nicht noch eine andere Präscription der Servituten ausser der vorhin beschriebenen? Viele Rechtsgelehrten (* 3) behaupten dieß. Sie nennen dieselbe *praescriptionem seruitutum extraordinariam*, und dagegen die vorhin beschriebene *ordinariam*. Sie glauben nemlich, daß einer, der eine Servitut zehen Jahre lang gegen den Eigenthümer mit dessen Vorwissen, und ohne dessen Widerspruch ausgeübt hat, wann es ihm auch am iusto titulo und der bona fide fehle, die Servitut acquirirt habe. Diese Meynung soll sich in der L. 10. pr. D. si seruitus vind. gründen, aber sie läßt sich daraus nicht beweisen. Der Prätor verspricht nach diesem Gesetze zwar einen zu schützen, der zehen Jahre lang eine Servitut ruhig ausgeübt hat; aber daß er die Servitut dadurch erworben habe, wird nicht darin gesagt (* 4).

Der vierte Satz in unserm Paragraph heist: wann mir jemand eine affirmative Servitut, durch einen Vertrag überläßt, so bekomme ich durch den Vertrag weiter nichts als ein ius ad rem; die wirkliche Servitut, das dingliche Recht, erlange ich erst durch die Quasitradition, das heist, der dominans muß die Servitut Einmal ohne Widerspruch des seruientis ausüben. Anderst verhält es sich bey negativen Servituten. Diese lassen sich nicht quasitradiren. Z. E. wann mir mein Nachbar verspricht, in seine Wand keine Fenster zu machen: so habe ich eine negative Dienstbarkeit. Wie kann man aber diese quasitradiren? Daher erfordern die Gesetze die Quasitradition nur bey den affirmativen Dienstbarkeiten.

5) Wann das dienstbare Gut vom Eigenthümer des herrschenden acquirirt wird, oder das herrschende vom Eigenthümer des dienstbaren; kurz wann die beyde Grundstücke an einen Herrn kommen, oder wie die Juristen sagen, consolidirt werden: so hört die Servitut auf.

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 188. *Iani a Costa* praelect. ad illustrior. tit. iur. ciu. p. 47. sqq.
(2) *Otto* diss. de vsucap. seruitut. cap. 2. §. 3.
(3) *Vasquius* in controuers. illust. lib. 2. cap. 65. *Vinn.* lib. 1. Qu. 31. *Struv.* Ex. 3. th. 38. *Berger* resolut LL. obst. Lib. 7. Tit. 1. Qu. 2. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 32. *Westphal* tract. de libertate et seruitute praedior. pag. 571.

(4)

(4) *Hert* diss. de quasi possid. probante sect. 2. §. 3. *Leyser* sp. 110. med. 4. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de seruitut. th. 14. *Wernher* part. 3. obs. 73. Cramer Wezl. Nebenst. part. 14. pag. 40. *Hellfeld* iurispr. forens. §. 629. not. X.

§. 353. Folgen aus dem Satze, daß die Realservituten nicht in faciendo bestehen können.

Die reelle Servituten können nicht in faciendo bestehen. Daraus folgt, der Eigenthümer des praedii seruientis ist nicht schuldig, sein Grundstück in solchem Stande zu erhalten, daß der dominans die Servitut mit Bequemlichkeit ausüben könne. Z. E. wann ich das Recht habe, aus des Nachbars Brunnen Wasser zu holen, so ist er nicht schuldig, den Brunnen fegen zu lassen, das Pumpenwerk im Stande zu erhalten, u. s. w. Dann sobald er dazu verbunden wäre, so würde die Servitut in faciendo bestehen. Aus diesem Grunde ist auch mein Nachbar nicht schuldig den Weg auszubessern, wann mir die seruitus viae über sein Grundstück zustehet (* 1). Indessen behauptet Heisler (* 2) das Gegentheil, daß nemlich der Herr des dienstbaren Guts zu repariren schuldig sey.

(1) *Berger* oecon. iur. lib. 2. tit. 3. th. 7. not. 4. Hommel rhapsod. obs. 189. p. 178.
(2) In Schotts Wochenblatt 2. Band S. 618. u. f.

§. 354. Die Dienstbarkeiten sind nicht theilbar.

Die Servituten sind untheilbar; man muß sie einem ganz geben oder gar nicht. Daß man sich einen Theil einer Servitut geben lasse, gehet nicht an. Indessen ist es gar wohl erlaubt, die Servitut auf Zeit, Ort, oder andere Art einzuschränken. Ich kann einem z. E. die Weidgerechtigkeit, aber nur in gewissen Monaten, nur mit einer gewissen Anzahl Vieh geben, ich kann einem das Recht geben, drey, und nicht mehr, offene Fenster nach meinem Hofe zu haben ꝛc.

§. 355. Welches sind die seruitutes praediorum vrbanorum?

Die seruitutes praediorum vrbanorum sind: seruitus oneris ferendi, tigni immittendi, (das Trammrecht,) proiiciendi, protegendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, (Dachtrauftsrecht) vel non recipiendi, altius tollendi vel non tollendi, luminum et ne luminibus officiatur, (Fensterrecht,) prospectus et ne prospectui officiatur, (das Recht der Aussicht.) Man bemerke nur, wann diese Dienstbarkeiten unter die urbanas gerechnet werden: so ist dieß nicht so zu verstehen, als ob sie alle schlechterdings vrbanae seyn müßten. Nein, sie werden hier nur vrbanae genennt, weil sie es meistens sind. Einige davon, die seruitus stillicidii non recipiendi, altius non tollendi und ne prospectui officiatur, können auch rusticae seyn. Wann nemlich ein

anderer

anderer das von seinem Dache fallende Regenwasser nicht auffangen, sondern mir zum Besten meines Gartens überlassen muß: so ist seruitus stillicidii non recipiendi eine rustica. Wann der Nachbar nicht höher bauen darf, um meinem Garten Sonne und Luft nicht zu benehmen: so ist seruitus altius non tollendi eine rustica. Wann er den Prospect aus dem Garten nicht verderben darf: so ist es eine rustica seruitus ne prospectui officiatur vorhanden (* 1).

(1) *Berger* resolut. LL. obs. Lib. 8. Tit. 1.

§. 356. Von der seruitute oneris ferendi.

Die erste seruitus vrbana ist also *seruitus oneris ferendi*. Sie bestehet in dem Recht, mein Gebäude auf einem Fundamente ruhen zu lassen, das einem andern gehört; z. E. auf einer Säule, Wand, Mauer, einem Gebäude des andern. Strube (* 1) hat einen Fall, wo ein Nachbar seinen Keller unter des andern Haus hatte, wo also dem Haus die seruitus oneris ferendi auf dem Kellergewölbe zustand.

(1) Rechtl. Bed. 4. B. 158. Bed.

§. 357. Fortsetzung.

Bey dieser Servitut entstehet zuweilen die Frage, wer das Fundament im Fall, daß es schadhaft wird, zu repariren schuldig sey? Man mache einen Unterschied: entweder ist darüber etwas ausgemacht, oder nicht. Im ersten Falle bleibt es bey dem Vertrage; im letzten aber ist die Sache sehr streitig. Fast alle Juristen (* 1) behaupten, der Herr des dienstbaren Gutes müsse repariren, und sagen daher die seruitus oneris ferendi sey anomala, unregelmäßig, weil sie in faciendo bestehe. Aber richtiger ist, daß keiner, weder der Herr des dienstbaren, noch des herrschenden Gutes dem andern zu der Reparatur verbunden ist; keiner den andern dazu zwingen kann. Will indessen der Eigenthümer des Gebäudes es nicht einfallen lassen, so muß er es freylich seines eigenen Vortheils wegen repariren (* 2).

(1) *Manz* tract. de seruitutibus Tit. 2. Quaest. 6. num. 4. in bibl. aurea Tom. 1. p. 227. *Müller* ad *Struv.* Ex. 13. thes. 9. tit. β *Stryck* in vsu mod. tit. de seruit. praed. rust. §. 2. *Cocceji* in iure controv. tit. de seruitut. Quaest. 11. *Voetius* ad pand. tit. de seruitut. praed. vrb. §. 1. *Lauterb.* coll. theor. pr. eod. tit. §. 2. Koch de iure viciniae cap. 3. §. 5. ibique *Beck* pag. 533.

(2) Strube am a. O. *Walch* controv. iur. civ. sect. 2. cap. 3. §. 19. pag. 140. *Hellfeld* ad pand. tit. de serv. praed. vrb. §. 667.

§. 358. Von der seruitute tigni immittendi.

Die seruitus tigni immittendi, das Trammrecht, ist das Recht einen hervorragenden Theil meines Gebäudes, einen Balken, Stein, eine eiserne Klammer

Klammer u. d. g. in des Nachbars Wand zu schieben. Ohne eine Servitut bin ich nicht befugt, irgend etwas von meinem Gebäude in des Nachbars Wand zu schieben, und wann ich es de facto thue: so kann es der Nachbar eigenmächtig herausschlagen. Was ist aber Rechtens, wann ich das Trammrecht erhalten habe, und die Balken abfaulen, bin ich alsdann befugt neue einzulegen? Nach dem Naturrecht ohne Zweifel. Hingegen L. 14. D. si seruit. vind. scheint es zu verbieten, und die alten Ausleger nennen daher dieß Gesetz textum mirabilem. Aber man muß es von dem Fall erklären, wann ich mehr Balken einlegen will, als ich bisher in der Wand liegen hatte, und als ich einzulegen befugt bin (* 1).

(1) *Anton. Faber* in rational. ad L. 14. cit. *Voet.* ad pand. tit. de seruitut. praed. vrb. num. 2.

§. 359. Von der seruitute proiiciendi und protegendi.

Servitus proiiciendi besteht in dem Recht einen Theil meines Gebäudes über des andern Grundstück in seine Luft ragen zu lassen, doch so, daß es nicht auf dem Grundstücke ruhet, z. E. also das Recht einen Erker über des Nachbars Garten anzulegen. Die Luft, welche über meinem Grundstücke ruhet, ist mein, und niemand darf ohne meine Erlaubniß hinein bauen. (§. 272.) Gebe ich einem diese Erlaubniß, so heist es seruitus proiiciendi. Die seruitus protegendi besteht in dem Recht, ein Wetterdach (protectum) über des andern Grundstück an meine Wand zu machen. Dann auch dieses darf ich ohne Servitut nicht machen, weil es in des andern Luft ist.

§. 360. Von der seruitute stillicidii.

Stillicidium heist das Regenwasser, welches tropfenweise vom Dache fällt; kurz die Dachtraufe, flumen, das Regenwasser, das in Canäle gesammelt, sich herunterstürzt. Wann der Nachbar leiden muß, daß meine Dachtraufe auf sein Grundstück fällt, so ist es seruitus stillicidii recipiendi; und wann ich das Wasser durch Canäle auf seinen Grund leiten darf, so ist es seruitus fluminis recipiendi. Die seruitus stillicidii und fluminis non recipiendi können auf zweyerley Art vorkommen: 1) wann ich mein Regenwasser nicht an einen Ort fallen lassen darf, wo es nach den gemeinen Rechten hinfallen dürfte, z. E. nicht in den Zwischenraum X meines Hauses A, und des benachbarten Hauses B.

2) Wann ich das Regenwasser, welches auf mein Dach fällt, nicht auffangen, sondern dem Nachbar zu seinem Nutzen überlassen muß. In dieser letzten Form kann sie an solchen Orten, wo das Quellwasser rar ist, und man sich des Regenwassers zum oeconomischem Gebrauch bedient, nützlich seyn.

§. 361. Von der seruitute altius tollendi und non tollendi.

Die seruitus altius non tollendi bestehet ohne Zweifel in dem Recht, meinem Nachbar das höher bauen seines Hauses zu wehren. Nach der natürlichen Freyheit kann jeder so hoch bauen, als er will. Mir kann aber wegen des Windes, wegen der Sonne und wegen anderer Ursachen viel daran gelegen seyn, daß mein Nachbar sein Haus nicht höher bauet, als es jetzt ist. Lasse ich mir also von ihm versprechen, daß er nicht höher bauen wolle: so habe ich seruitutem altius non tollendi. Was aber seruitus altius tollendi gewesen sey, ist schwer zu sagen und sehr controvers. Selchov hat die verschiedene Meynungen gesammlet (* 1). Die richtigste Erklärung ist folgende: bey den Römern hatte man Gesetze, welche den Häusern eine gewisse Höhe vorschrieben. Nemlich L. 12. Cod. de aedif. priuat. sagt, wer sein altes Haus renovirt: soll die vorige Höhe (veterem formam) beybehalten; wer ein neues baut, soll dem Nachbarn weder Licht noch Prospect nehmen, ausgenommen a) wann er zwischen dem neuen Gebäude, und des Nachbars Hause 12 Schuhe Raum läßt; oder b) der Nachbar ihm durch einen Vertrag das Bauen erlaubt. Erhielt ich also die Erlaubniß von dem Nachbar, mein Haus höher zu bauen, als es vorher gewesen war: so hatte ich seruitutem altius tollendi (* 2). Heutigestags wird diese Servitut schwerlich vorkommen; dann die römische Baugesetze sind bey uns nicht angenommen (* 3), und obgleich in manchen deutscheu Policeyordnungen auch den Häusern eine gewisse Höhe vorgeschrieben ist: so sind doch die Nachbarn nicht befugt, dagegen zu dispensiren.

(1) Diss. de seruitute altius tollendi romana eiusque ad Germaniam habitu, in electis iur. ciu. num. 1. Man sehe auch des Freyherrn von Senkenberg meditationes iurid. histor. medit. 1. wo die Meynung der Glosse, Pagenstechers und Sammets (in opusc. pag. 62.) vertheidigt wird, vermöge deren

deren seruitus altius tollendi das Recht ist, ein Stockwerk auf meines Nachbars Haus zu setzen. Allein §. 2. I. de act. verglichen mit des Theophilus Paraphrase, stehen dieser Meynung entgegen.

(2) *Leyser* sp. 462. m. 15.

(3) *Struv.* de aedific. priuat. §. 47. *Leucht* de iure fenestrarum cap. 2. §. 9.

§. 362. Von der seruitute luminum und ne luminibus officiatur.

Ein jeder kann in seine eigene Wand nach dem römischen Recht so viele Fenster machen als er will (* 1). Dieß geben auch alle Juristen, ausser Cuiacius und Duarenus (* 2) zu. Aber der Nachbar darf auch diese Fenster nach Belieben verbauen (* 3), wiewohl einige Rechtsgelehrte die Ausnahme machen: wann er aus blosem Neide, mir zum Trotz ein Gebäude aufführen wolle, das ihm gar nicht nützlich wäre (* 4). Will ich also Fenster haben, die mir mein Nachbar nicht verbauen darf: so muß ich mir eine Servitut geben lassen. Wie ist aber seruitus luminum und ne luminibus officiatur verschieden? Einige sagen, wann ich in eine eigene Wand Fenster machen will: so muß ich mir seruitutem ne luminibus officiatur geben lassen; will ich aber in eines andern oder in einer gemeinschaftlichen Wand Fenster anlegen: so habe ich seruitutem luminum nöthig. Andere sagen, wer schon Fenster in der Wand hat, der läßt sich seruitutem ne luminibus officiatur geben; wer aber dergleichen erst machen will, sucht seruitutem luminum zu erhalten. Noch andere glauben, seruitus luminum gebe nur ein Recht auf das nothdürftige Licht; wer aber seruitutem ne luminibus officiatur hätte, der könnte verlangen, daß ihm der Nachbar auch nicht das mindeste von seinem Licht benehme. Auf die ganze Sache kommt wenig an. Uebrigens ist es an vielen Orten in Deutschland nicht erlaubt, daß ich in meine eigne Wand Fenster mache, durch welche man in des Nachbars Hof oder Garten sehen kann (* 5).

(1) Arg. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. iunct. L. 2. pr. & §. 19. D. ne quid in loc. publ. & L. 1. ne quid id loc. sacr. *Donell.* lib. 11. commentar. cap. 5. *Mev.* ad ius Lub. part. 3. tit. 12. art. 13. num. 8. *Struv* de aedif. priuat. §. 31. *Pufendorf* tom. 1. obs. 196. Cramer Nebenst. part. 35. n. 12. *Koch* de iure vicin. p. 209. *Leucht* de iure fenestrar. cap. 2. §. 8. *Walch* controuers. p. 144.

(2) *Cuiac.* lib. 1. obs. cap. 31. *Duarenus* in disp. anniuersar. lib. 1. cap. 33.

(3) *Thomasii* diss. non ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione, in collect. diss. Vol. 2. n. 61. *Leyser* sp. 107. med. 3.

(4) *Stryck* vs. mod. tit. de serv. pr. vrb. §. ult. *Koch* de iure vicin. p. 446. & p. 476. *Cramer* opusc. tom. 2. p. 207. sqq.

(5) *Pufendorf* tom. 1. obs. 196. & animaduers. 33.

§. 363. Von der seruitute prospectus und ne prospectui officiatur.

Zuweilen ist mir nicht blos daran gelegen Licht, sondern auch freye Aussicht zu haben, und diese kann mir benommen werden, ohne daß ich das geringste vom Licht verliehre. In diesem Fall muß ich seruitutem prospectus oder ne prospectui officiatur von den Nachbarn zu erhalten suchen. Auch der wahre Unterschied dieser beyden Servituten ist nicht bekannt. Donellus und Noodt (*1) glauben, sie seyen ganz einerley. Hünnius (*2) sagt, seruitutem prospectus läßt sich derjenige geben, welcher Fenster machen will, ne prospectui officiatur aber, wer sie schon gemacht hat. Gemeiniglich glaubt man, sie seyen dem Grade nach verschieden, das heist, einer der seruitutem prospectus habe, könne nur verlangen, daß man ihm nicht alle Aussicht verbaue. Wer aber seruitutem ne prospectui officiatur erhalten habe, der könne dem Nachbar alles wehren, was den Prospect nur im mindesten verdirbt (*3).

(1) *Donell.* Commentar. iur. civ. lib. II. cap. 5. *Noodt* ad Pand. tit. de S. P. V.
(2) *Hunn.* in resolut. pag. 307.
(3) *Pufendorf* animaduers. l. c.

§. 364. Von den seruitutibus praediorum rusticorum; und zwar itineris, actus, viae.

Die seruitutes praediorum rusticorum sind iter, der Fußweg; actus, Viehtrieb; via, der Fahrweg; aquaeductus, die Wasserleitungs-Gerechtigkeit; aquaehaustus; pecoris ad aquam adpulsus, die Viehtränke; ius pascendi, das Weidgangsrecht; ius calcis coquendae; arenae fodiendae; cretae eximendae, &c. Ich muß aber hierbey die Bemerkung widerholen, die ich schon bey dem §. 355. von den seruitutibus urbanis gemacht habe. Die hier genannte Servituten nemlich sind nicht nothwendig rusticae. Die meiste können auch urbanae seyn, wann sie nemlich zum Nutzen eines Gebäudes bestellt werden. Z. E. wann ich, um bequemer zu meinem Hause zu kommen, mir das Recht geben lasse, durch des Nachbars Hof zu gehen, oder zu fahren: so ist die seruitus itineris oder viae eine urbana.

Einige dieser Servituten verdienen noch eine besondere Betrachtung, *seruitus itineris* nemlich ist das Recht über ein fremdes Grundstück zu Fuß zu gehen; *seruitus viae*, das Recht darüber zu fahren. Was ist aber *actus?* L. 1. D. de seruit. praed. rust. sagt: est ius agendi iumentum, vel *vehiculum.* Diesem Gesetz nach ist es sehr zweifelhaft, wie via und actus unterschieden sind. Dann wann actus das Recht zu fahren begreift, und via auch das Recht zu fahren ist: so scheinen beyde Servituten einerley zu seyn. Bynkershoek (*1) glaubt, via sey acht Schuhe, actus nur vier breit gewesen,

gewesen, und habe nur das Recht enthalten, mit einem Schubkarren zu fahren. Allein es ist falsch, daß actus nur vier Schuhe hielt; die Breite variirte. L. 13. §. 2 de S. P. V. Und L. 7. eod. sagt, wer actum habe, könne *cum plaustro* fahren. Ritter (* 2) sagt, via war acht, actus vier Schuh breit; via gab das Recht, mit einem grossen, actus aber nur mit einem kleinen Wagen zu fahren. Auch diese Meynung läßt sich nicht vertheidigen; dann, wie gesagt, die Voraussetzung, actus sey nur vier Schuh breit gewesen, ist falsch. Herr P. Schott (* 3) glaubt, via habe nothwendig drey Stüke begriffen, das Recht zu fahren, Vieh zu treiben und zu gehen; actus habe auch diese Rechte in sich gefaßt, aber nicht nothwendig; man habe durch Verträge das Recht zu fahren und zu gehen davon absondern können. Auch diese Meynung scheint mir unrichtig, aus folgenden Gründen: a) Es ist nicht erwiesen, daß via nothwendig jene drey Rechte in sich begriffen habe, und b) wäre es doch eine gar sonderbare Grille, wann man zwey Rechte A und B dadurch und deßwegen unterscheiden wollte, weil A die Stücke X Y und Z nothwendig enthalte; B zwar auch diese Stücke in sich fasse, aber nicht nothwendig. c) Gesetzt, jemand giebt mir das Recht zu fahren, Vieh zu treiben, und zu gehen. Nach der Schottischen Meynung kann niemand sagen, ob er mir viam oder actum ertheilt habe. Ich glaube daher, der wahre Unterschied zwischen via und actus sey folgender gewesen: via war das Recht einen Weg, wenigstens acht Schuh breit auf einem fremden Grundstücke zu haben, und zwar in der Absicht um darüber zu fahren. Indessen konnte man auch Vieh darüber treiben und gehen, wann es nicht durch Verträge untersagt war. Actus war das Recht, einen Weg auf einem fremden Grundstück zu haben, zu dem Endzweck, Vieh daher zu treiben. Dieser konnte 4. 5. 6. 7. Schuh, vielleicht auch noch breiter seyn, und man konnte auch darüber fahren, in sofern durch Verträge nicht ein anders bedungen war.

(1) Observ. lib. 4. cap. 7.
(2) Diss. de itineris actus & viae differentia, adiect. Theoph. Reiz. Excurs. XIX.
(3) Diss. de vero actus et viae discrimine in opusc. iurid. p. 231. sqq.

§. 365. Fortsetzung.

Wer ein Recht auf das mehrere hat, der ist auch der Regel nach zu dem mindern befugt. Daraus folgt 1) einer, der das Recht zu fahren hat, darf auch Vieh treiben, und zu Fuß gehen, und zwar nicht etwa blos das Vieh treiben, welches er vorgespannt hat, sondern auch anderes; er darf nicht etwa blos neben dem Fuhrwerk hergehen, sondern auch allein. 2) Wer das Recht Vieh zu treiben hat, der ist auch berechtigt, zu Fuße über den Weg zu gehen, und zwar auch alsdann, wann er ohne Vieh gehen will. Ausser

Zweifel ist dieser Satz zwar nicht, aber doch den Gesetzen gemäß (* 1). Indessen kann durch Verträge ein anderes festgesetzt werden. Ich kann einem das Recht zu fahren geben, und mir dabey ausbehalten, daß er ausser dem Falle, wo er fährt, kein Vieh über den Weg treibe, auch nicht zu Fusse darüber gehe. Gleichergestalt kann ich einem den Viehtrieb verstatten, und ausbedingen, daß er, wann er kein Vieh treibt, nicht über den Weg gehen solle.

(1) Man s. prooem. I. h. t. *Donellus* lib. 11. commentar. cap. 6. *Cuiac.* obs. lib. 2. cap. 35. *Hunnius* in resolut. lib. 2. tract. 2. Quaest. 3. Anderer Meynung ist A. *Faber* in coniectur. lib. 1. cap. ult.

§. 366. Fortsetzung.

Die **Wasserleitungsgerechtigkeit** ist das Recht, Wasser in Canälen oder Röhren durch das Grundstück eines andern zu führen; *seruitus aquae haustus*, das Recht, aus der Quelle, dem Brunnen, dem Teich eines andern Wasser zu nehmen; *ius pecoris ad aquam adpulsus* die Befugniß, mein Vieh an den Brunnen, Teich, Bach, des andern zur Tränke zu treiben; *ius pascendi* das Recht, mein Vieh auf die Weide eines andern zu führen. Von dieser Servitut ist das *ius compascendi*, und das *ius compascui* verschieden. Wann nemlich ein anderer das Recht hat, auf meinem Grundstücke zu weiden: so bin ich vermöge des Eigenthumsrechts befugt, mein Vieh mit dahin zu treiben, und dieß heist ius compascendi. Wann ich einem das Recht gebe, auf meinem, und er mir wechselsweise das Recht giebt, auf seinem Boden Vieh zu weiden: so ist ein compascuum. Koppelhute vorhanden. Das *ius calcis coquendae* ist das Recht Kalch auf des andern Grundstücke zu brennen; *ius arenae fodiendae* das Recht, Sand aus des andern Grube zu nehmen; *cretae eximendae* die Befugniß, Kreide oder andere weisse Erde, (welche die Römer zum Färben und Walken ihrer weissen Kleider häufig brauchten), aus einem fremden Boden zu graben; *ius pedamenta sumendi* das Recht Stützen, Rebpfähle, Hopfenstangen, Bohnenstangen u. d. g. aus eines andern Walde zu nehmen.

§. 367. Fortsetzung.

Der Nutzen, den ein Grundstück und dessen Besitzer aus einem andern Grundstücke ziehen können, ist so mannigfaltig, daß sich nicht alle Dienstbarkeiten specificiren lassen. Indessen will ich noch einige anführen, deren bey unserm A. keine Meldung geschieht. Dergleichen ist die Jagdgerechtigkeit, das Beholzigungsrecht, der Lerchenstrich, die Mastgerechtigkeit, (ius glandemiarum) das Recht in des andern Kelter zu keltern, auf des andern Tenne zu dreschen, in des andern Wasser zu fischen u. s. w.

§. 368. Von Erlöschung der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten können auf mancherley Art zu Grunde gehen: 1) durch die Consolidation; wenn beyde Güter, das herrschende und dienstbare, an Einen Herrn kommen; z. E. der Herr des dienstbaren Gutes kauft das herrschende Gut an sich. 2) Durch die Remission; wann a) der Eigenthümer des herrschenden Gutes durch einen ausdrücklichen Vertrag dem dienstbaren Gute die Servitut erläßt; oder b) durch Handlungen auf dieselbe renunciiret. Wann nemlich der Eigenthümer des dienstbaren Gutes etwas unternimmt; wodurch die Ausübung der Servitut unmöglich gemacht wird, und ich dazu stille schweige: so ist die Servitut verlohren (* 1); z. E. wann ich das Recht habe, über des andern Garten zu fahren, er ihn mit Palisaden umgiebt, und kein Fahrthor macht; oder wann ich das Recht habe, aus des andern Brunnen Wasser zu holen, und er den Brunnen verschließt. In beyden Fällen ist meine Servitut, wofern ich nicht widerspreche, oder, wie die Juristen sagen, nouum opus nunciire, erloschen; doch kann ich auf eine Schadensersetzung (interesse) klagen (* 2). 3) Kann eine Servitut durch den Nichtgebrauch verlohren werden; wann ich nemlich gegenwärtig war, und sie innerhalb zehen Jahren, abwesend aber innerhalb zwanzig Jahren nicht ausgeübt habe. Allein ist dann der blose Nichtgebrauch hinlänglich; wird nicht noch ausserdem usucapio libertatis erfordert; das heist, ist erforderlich, daß der Herr des dienstbaren Gutes ein factum seruituti contrarium unternommen, und der Eigenthümer des herrschenden Gutes sich dabey beruhigt habe? Die meiste Juristen behaupten, man müsse einen Unterschied zwischen seruitutibus praediorum urbanorum et rusticorum machen. Die letztere seyen durch den blosen Nichtbrauch verlohren gegangen, die erstere nicht. Thomasius (* 3) hat diese Distinction bestritten; dann es läßt sich kein befriedigender Grund angeben, warum die seruitutes urbanae in diesem Stück ein anderes Recht haben sollen, als die rusticae. Er behauptet daher, man müsse vielmehr zwischen seruitutibus *simplicibus* und *qualificatis* distinguiren. Seruitus qualificata sey die, welche zu ihrer Ausübung ein *opus manufactum* erfordere, simplex, zu der ein solches Werk nicht nöthig sey. Z. E. seruitus tigni immitendi sey qualificata, dann man müsse Löcher in die Wand machen, um seine Balken hinein zu legen; seruitus viae aber simplex, weil man sie ohne opus manufactum exerciren könne. Die seruitutes simplices giengen durch den blosen Nichtbrauch verlohren, die qualificatae aber nicht eher, als bis das opus manufactum destruirt werde. Diese Meynung ist allerdings vernunftmässiger als die gemeine, und wird auch von Otto und Selchov vertheidigt (* 4). Ich will mich auf die Untersuchung dieses Streites nicht einlassen; dann nach dem neuen römischen Recht gehet keine Servitut, sie

mag

mag nun urbana oder ruſtica, ſimplex oder qualificata ſeyn, durch den blo-ſen Nichtgebrauch verlohren, es wird in allen Fällen noch auſſer dem uſucapio libertatis erfordert; das heiſt der ſeruiens muß durch ein poſitives factum zu erkennen geben, daß er ſein Gut in Zukunft als frey beſitzen wolle (* 5). Ganz deutlich ſind die angeführten Geſetze, L. 16. Cod. de uſufr. et L. 13. Cod. de ſeruit. et aqua freylich nicht. 4) Wann eines von den liegenden Gü-tern, das herrſchende oder dienſtbare, zu Grunde gehet: ſo höret auch die Dienſtbarkeit auf; z. E. wann das Haus, dem das Fenſterrecht zuſtehet, ab-brennt, ſo hat die Servitut ein Ende; wann die Wieſe, über welche ich das Recht des Fahrwegs hatte, vom Waſſer weggeſpület wird, ſo muß, wie ſich von ſelbſt verſtehet, auch mein Recht aufhören. Werden aber die Güter wieder hergeſtellt, z. E. das abgebrannte Haus wieder aufgebauet: ſo lebt auch die Servitut wieder auf; das heiſt, in dem neuen Hauſe können auch wieder Fenſter gemacht werden, die der Nachbar nicht verbauen darf.

(1) *Leyſer* ſpec. 110. med. 9.
(2) *Voet* ad pand. tit. quemadm. ſeruit. amitt. §. 5.
(3) In diſſ. de ſeruitute ſtillicidii §. 23. ſeqq.
(4) *Otto* de uſucap. ſeruit. cap. 1. §. 12. *Selchov* de ſeruit. alt. toll. cap. 2. §. 39.
(5) *Pufendorf* l. c. *Ramdohr* diſſ. de toto iure per partialem uſum ſeruato §. 22. *Rave* principia doctrinae de praeſcriptione §. 109. p. 231. edit. no-viſſ. Anderer Meynung iſt *Selchov* in diſſ. de ſeruit. alt. toll. cap. 2. §. 40. und *Wahl* in meletem. de ſeruitutibus pag. 24. Sie behaupteten, Juſtinian habe das alte Recht nicht aufgehoben; die ſeruitutes ſimplices giengen alſo auch nach dem Juſtinianeiſchen Recht durch den bloſen Nichtgebrauch ver-lohren.

TIT. IV.

De uſufructu.

§. 369. Von den perſönlichen Dienſtbarkeiten.

Wir haben die vorzüglichſten Dienſtbarkeiten kennen gelernt, welche real und perſonal ſeyn können, nachdem es dem Eigenthümer gefällt, ſie zu conſtituiren; und gehen nun zu denjenigen, die ſchlechterdings nicht anderſt, als perſonal ſeyn können. Man bemerke von ihnen folgende Sätze: 1) ſie ſetzen nur Eine Sache voraus, rem ſeruientem; anſtatt daß die Real-

dienſtbarkeiten

dienstbarkeiten zwey Sachen erfordern, (§. 349.) praedium dominans und seruiens. 2) Sie sind ein dingliches Recht, (ius in re) so gut, als die Realservituten, und man muß sich durch den Namen Personaldienstbarkeiten nicht verleiten lassen zu glauben, als ob sie ein bloses ius ad rem gäben. Indessen 3) sind sie doch auf die Person dessen, dem sie zustehen, eingeschränkt. Sie gehen nicht auf seinen Erben, er kann sie nicht verkaufen, verschenken, u. s. w. Noch weniger können alle Besitzer eines gewissen Grundstückes darauf Anspruch machen. Die erste dieser Servituten ist *ususfructus*, der Niesbrauch.

§. 370. Was heist uti, abuti, usus plenus und minus plenus?

Um die Definition desselben zu verstehen, müssen wir zuvor einige andere Begriffe überlegen. Was heist *uti*, *abuti*, *usus plenus* und *minus plenus*? Uti re heist in allgemeiner Bedeutung so viel, als den Nutzen von einer Sache ziehen, ohne die Substanz anzugreifen: re abuti aber die Substanz einer Sache verderben, destruiren, aufzehren. Es ist also usus, wann jemand in einem Hause wohnet, mit einem Wagen fährt, auf einem Pferde reitet; abusus, wann man das Haus niederreißt, den Wagen zerschlägt, das Pferd todjagt, das Brod isset, den Wein trinket u. s. w. Also *abuti* und mißbrauchen sind keine synonymische Ausdrücke. Der usus ist entweder *plenus* oder *minus plenus*. Wann ich alle Nutzungen von einer Sache ziehe, die nur immer davon zu ziehen sind, nicht nur meinen Unterhalt davon nehme, sondern auch was ich zu meiner Bequemlichkeit und zu meinem Vergnügen brauche: so habe ich usum plenum, den vollen Gebrauch. Wann ich aber nur so viel von dem Abnutzen der Sache erhalte, als ich zur Nothdurft brauche: so heist es usus minus plenus. Jener heist auch ususfructus; dieser usus im eigentlichen Verstande.

§. 371. Definition des Niesbrauches, und Folgen daraus.

Der *ususfructus* oder Niesbrauch ist also eine persönliche Dienstbarkeit auf der körperlichen Sache eines andern, vermöge deren ich den vollen Gebrauch dieser Sache habe, doch ohne die Substanz zu verderben. Also er ist 1) eine persönliche Dienstbarkeit; er stehet einem Menschen nur für seine Person zu, so lang er lebt. Sobald dieser Mensch stirbt, hört auch der Niesbrauch auf. Allen Besitzern des Grundstückes A den Niesbrauch des Gutes B zu geben, gehet gar nicht an; dann wann die Besitzer des Gutes A den Niesbrauch von dem Gute B haben: so muß doch noch jemand anders da seyn, dem die Proprietät von B zustehe. Wozu sollte aber diesem eine Proprietät dienen, die nie mit dem Niesbrauche wieder vereiniget werden kann? 2) Er ist ein Recht auf einer fremden Sache. Der Eigenthümer hat auch

das Recht, die Nutzungen von seiner Sache zu ziehen, und einige nennen dieses Recht den *usumfructum causalem* oder *coniunctum*. Aber von diesem ist nicht die Rede, sondern vom Niesbrauche einer fremden Sache, vom eigentlichen Niesbrauche, vom *usufructu formali* oder *separato*. (* 1) Der Niesbrauch ist 3) ein Recht auf einer körperlichen Sache. Unkörperliche Sachen sind kein Gegenstand desselben. Daher sagt L. 1. D. de usufr. man könne niemanden usumfructum itineris, actus, viae, aquaeductus vermachen, und die alte Juristen haben sehr gezweifelt, ob sich ein ususfructus nominis, der Niesbrauch einer Schuldforderung denken lasse (* 2). Doch wurde er zuletzt zugelassen (* 3). In Deutschland weiß man von dieser Subtilität nichts; ich kann einem also den Niesbrauch einer Gerechtigkeit z. E. meines Zehendrechtes, meiner Gerichtsbarkeit u. s. w. geben. Der Niesbrauch giebt 4) nur ein Recht, die Sache der Substanz unbeschadet zu gebrauchen; also kein Recht die Sache zu verderben, zu destruiren, zu verzehren. Man bemerke, daß die Sache selbst, im Gegensatz der Nutzungen, die Substanz heise. 5) Wo ein Niesbrauch ist, da sind zwey Personen, einer, welchem der Niesbrauch zustehet, und dieser heist *usufructuarius*; der andere, welcher nichts als die blose Proprietät hat, Eigenthum ohne Nutznieſſung, aber die Hoffnung, dereinst nach dem Tode des usufructuarii die Nutznieſſung zu erhalten, dieß ist der *proprietarius*.

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 2.
(2) *C. F. Walch* progr. controuersiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. Ien. 1758.
(3) L. 3. D. de usufr. ear. rer.

§. 372. Welche Nutzungen zieht der Usufructuar.

Der usufructuarius hat den vollen Genuß der Sache. Er ziehet also 1) alle Früchte, sowohl naturales als ciuiles fructus, (§. 329.) er mag sie zu seinem nöthigen Unterhalt, oder zu seiner Bequemlichkeit, und seinem Vergnügen anwenden. Indessen kann er doch 2) nur die ordentliche Nutzungen, die eigentliche und wahre Früchte verlangen, nicht die ausserordentliche und zufällige accessoria. Daraus folgt, daß wann sich ein Schatz auf dem fundo usufructuario findet, dieser nicht dem Usufructuar, sondern dem Proprietar gehöre; dann Schätze sind keine fructus. Wird ein Sklave, von dem ich usumfructum habe, zum Erben eingesetzt: so gehört die Erbschaft gleichfalls dem Proprietar. Eben so wenig kann einer, welcher den Niesbrauch einer Sklavin hat, das Kind sich zueignen, das die Sklavin gebiehrt: dann es ist kein *fructus*. Allein warum nicht? Die Anmerkung sagt: über die wahre Ursache ist man nicht einig. Im §. 37. de rer. diuis. heist

heist es, ein Mensch könne nicht als ein fructus angesehen werden, weil die Natur alle Früchte um des Menschen willen hervor gebracht habe. Aber das ist offenbar nichts, als eine Spitzfindigkeit. Auf diese Weise könnte auch kein Mensch im Eigenthum eines andern seyn. Ulpian giebt in der angeführten L. 27. eine andere an. Er sagt, man kauft die Sklavinnen nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit. Dieser Grund hält aber auch nicht Stich. Dann manche Thiere kauft man auch nicht zu dem Ende, um Junge von ihnen zu ziehen, und doch sind die Junge ein fructus. Auch ist nicht einzusehen, warum man nicht Sklavinnen zu dem Ende kaufen könnte, um Kinder von ihnen zu erhalten. Andere Ursachen, die man anführt, will ich übergehen (*1). Die beste giebt wohl Bynkershoek am a. O. an. Er sagt, was ein fructus seyn soll, das muß man verzehren und destruiren können. Dieß geht aber bey dem Sklavenkinde nicht an; daher kann man es auch nicht als fructum ansehen. 3) Der Usufructuar kann die Sache, worauf ihm der Niesbrauch zustehet, verpachten; er kann die Früchte verkaufen; er kann die ganze Ausübung der Nutznieſſung einem andern überlassen; aber sein Recht kann er nicht cediren. Wann mir nemlich der Niesbrauch zusteht: so kann ich ihn nicht dergestalt einem andern abtretten, daß er nun Usufructuar wird, und ich aufhöre, es zu seyn. Dann der Niesbrauch ist ein ganz persönliches Recht; es kann also von der Person, der es zusteht, nicht getrennt werden. Und der Proprietar könnte durch solche Cessionen seine Hoffnung, dereinst die Nutznieſſung mit der Proprietät zu vereinigen, gänzlich vereitelt sehen. Dann der Usufructuar könnte auf dem Todbette sein Recht einem andern, und dieser in gleichen Umständen einem dritten cediren u. s. w. Wann aber der Usufructuar diese Vorschrift übertritt, und de facto den Niesbrauch cediret, was ist alsdann Rechtens? Viele Juristen (*2) glauben, er verliehre durch eine solche Cession zur Strafe alle seine Rechte, und der Niesbrauch falle nun sogleich dem Proprietarius zu. Aber andere (*3) behaupten mit stärkern Gründen, die Cession des Niesbrauchs sey, wenigstens nach dem neuen Justinianeischen Recht, ganz nichtig; so, daß weder der Cessionarius, (an den die Abtrettung geschehen ist) noch der Proprietarius daraus einiges Recht bekomme; sondern der Usufructuar seinen Niesbrauch behalte, eben so, als ob er ihn nie cediret hätte.

(1) Man s. davon *Christ. Gottl. Gmelin* diss. de diuersis partus ancillae et foetus pecoris iuribus §. 3.

(2) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Kulpis* diss. de consolidatione §. 25. in dissert. acad. pag. 25. sqq. *Cocceii* iur. controv. lib. 7. Tit. 4. Quaest. 3.

(3) *Galvanus* de usufr. cap. 38. n. XII. p. m 587. *Noodt* de usufr. lib. 2. cap. 10. *Brencmann* de lege Remmia cap. 11. in thesaur. Otton. Tom. 3 p. 1603.

Costa et *Otto* ad §. 3. I. h. t. *Crell* diff. ad L. 66. D. de iure dot. *Walch* controv. sect. 2. cap. 3. § 11. p. 133.

§. 373. Pflichten des Usufructuars.

Der Usufructuar muß die Substanz der Sache lassen, wie sie ist. Er darf daher 4) die Form der Sache nicht ändern; auch alsdann nicht, wann die Veränderung nützlich wäre. Z. E. er darf in dem Haus, worauf er den Niesbrauch hat, keine Stube kleiner oder grösser machen; keine Wiese in einen Acker verwandeln und umgekehrt. 5) Weil er allen Nutzen von der Sache zieht: so muß er auch die nöthige Ausbesserungen vornehmen. 6) Er muß die Sache so gebrauchen, wie ein guter Haushälter seine eigene Sachen gebraucht. Wann er z. E. den Niesbrauch eines Waldes hat: so darf er ihn nicht aushauen, sondern muß ihn forstmässig benutzen; hat er den Niesbrauch einer Heerde, so muß er an die Stelle der abgegangenen Stücke andere junge substituiren u. s. w. Dazu ist er nicht verbunden, daß er an der Sache schlechterdings nichts verderbe. Wann die Sache durch ordnungsmässigen Gebrauch verdorben wird: so hat der Usufructuar deßwegen nichts zu ersetzen (* 1). Andere Deteriorationen aber muß er vergüten, in sofern er in culpa leui ist. L. 65. pr. D. h tit. 7) Der Usufructuar muß dem Proprietar Caution leisten, und zwar über zwey Stücke: a) daß er die Sache ordentlich gebrauchen wolle, b) daß die Sache nach geendigtem Niesbrauch an den Proprietar zurück gegeben werden solle.

In der Anmerkung ist die berühmte Streitfrage angeführt: ob dem Usufructuar diese Cautionsleistung nicht erlassen werden könne?

Die gemeine Meynung ist: man müsse einen Unterschied machen zwischen Niesbrauche, der in einem letzten Willen, und dem, welcher durch einen Vertrag ertheilt sey. Wann mir jemand durch einen Vertrag den Niesbrauch gebe: so könne er mir auch die Caution erlassen. Hingegen wann der usus-fructus in einem letzten Willen constituirt sey: so könne zwar der Erbe die Caution remittiren, aber nicht der Erblasser. Diese Meynung, daß nemlich der Erblasser die Caution nicht remittiren könne: wird auch durch die angeführte L. 7. C. ut in possess. legat. bestätigt. Dann es heist darin: ut boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur, fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Gleichwohl ist diese Entscheidung ganz unbegreiflich. Man sagt zwar, der ususfructuarius würde durch diese Erlassung zu einer unerlaubten Handlung, (ad delinquendum) gereizt; nemlich gereizt, die Sache zu verderben; und solche Reizungen wollten die Gesetzgeber nicht dulden. Aber dieser Grund ist lächerlich. Dann a) der usufructuarius muß ja allen Schaden, den er der Sache zufügt, ersetzen, er mag Caution leisten

oder

oder nicht. b) Die Gesetze erlassen selbst in einigen Fällen die Caution; sie reizten also selbst zu verbotenen Handlungen, und c) gebrauchen ja der commodatarius und conductor auch eine fremde Sache, und zwar ohne Caution, warum werden sie dann nicht zu verbotenen Handlungen gereizt (* 2)? Wer einem den Niesbrauch verstattet, konnte ihm auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Niesbrauch geben; aus welcher Ursache soll er ihm die Caution zu remittiren nicht befugt seyn? Man stelle sich z. E. vor, daß jemand seine Geschwister zu Erben einsetze, und seiner Wittwe den Abnutzen des ganzen Vermögens auf Lebenslang vermache. Warum soll er ihr nicht die Cautionsleistung erlassen dürfen? Er konnte ja seine Geschwister gänzlich ausschliessen, und soll ihnen doch nicht befehlen können, daß sie von der Wittwe keine Caution fordern.

Noodt am a. O. gehet noch weiter, und glaubt, daß bey einem im letzten Willen ertheilten Niesbrauch auch sogar der Erbe nicht einmal die Caution erlassen könne. Nach dieser Erklärung ist das Gesetz noch vernunftwidriger. Franzkius am a. O. und Stryk (* 3) behaupten, daß zwar das letzte Stück der Caution, de re finito usufructu restituenda, aber nicht das erste, de re boni viri arbitratu utenda, remittirt werden könne. Allein man kann keine gegründete Ursache der Verschiedenheit angeben (* 4). Endlich Galvanus am a. O. num. VI. sqq. sagt, die Gesetzgeber wollten nur so viel sagen, man könne dem Usufructuar das *ius cautionis* nicht erlassen; nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden wäre, zu caviren; man könne aber das *factum cauendi*, oder *usum cautionis* aufheben; man könne ihm versprechen, daß man keine Caution verlangen wolle, auch verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere; und dieß sey sowohl bey dem conventionellen als testamentarischen Niesbrauche Rechtens. Man sieht aber leicht, daß diese Distinction zu den übersubtilen oder sophistischen gehört. Sie ist auch blos divinatorisch, in den Gesetzen findet sich keine Spur davon. Mir gefällt die Erklärung des alten Spanischen Juristen Joh. Del Castillo Sotomayer (* 5) vor allen andern. Er sagt, wann der Testirer dem Usufructuar die Caution de utendo boni viri arbitrio erläßt: so scheint er ihm die Erlaubniß zu geben, mit der Sache zu schalten, wie er will; scheint ihm die Proprietät legirt zu haben. Er hat etwas erlaubt, was mit der Natur des Niesbrauchs streitet, hat sich selbst widersprochen, indem er nur Niesbrauch legiret, und doch eine Clausel beyfügt, die eine Proprietät involviret. Die Clausel wird daher als nicht beygefügt angesehen. Daraus folgt aber zugleich, daß wann sich der Testirer deutlich ausdrückt, z. E. ich vermache dem A den Niesbrauch meines Hauses, und weil ich das Zutrauen zu ihm habe, daß er es wie ein guter Haushälter, und wie

es einem Usufructuar geziemet, gebrauchen werde: so soll er nicht schuldig seyn deßfalls Caution zu leisten, daß, sage ich, in diesem Fall die Nachlassung der Caution gültig ist.

(1) *Aug. Frid. Schott* diss. de usufr. vestimentor. cap. 1. §. 1.
(2) *Car. Ferd. Hommel* diss. de iniquitate legum romanarum remissionem cautionis usufructuariae testatori denegantium §. 24.
(3) In us. mod. eod. tit. §. ult.
(4) *Hommel* l. c. §. 27.
(5) Tract. de usufr. cap. 15. n. 30.

§. 374. Vom Quasi - Ususfructus.

Der Niesbrauch ist ein Recht, die Sache ohne Schaden der Substanz zu gebrauchen; er hat also bey solchen Sachen nicht statt, welche man, der Substanz unbeschadet, gar nicht gebrauchen kann; welche man anderst nicht gebrauchen kann, als wann man sie aufzehrt, destruirt, weggiebt; oder wie andere sagen, quarum usus consistit in abusu (* 1) dergleichen sind Eß- und Trinkwaaren, Geld und Kleider (* 2). Indessen wurde doch unter Augusts oder Tiberius Regierung durch ein Senatusconsult ein *quasi ususfructus* von diesen Sachen erlaubt. Der Usufructuar aber muß Caution stellen, daß er eine Sache von gleicher Qualität und Quantitat restituiren oder den Werth ersetzen wolle. Der quasi ususfructus ist also seruitus personalis, quae consistit in iure re aliena abutendi, praestita cautione, ut finito quasi usufructu aut alia res eiusdem generis, aut aestimatio praestetur. So kann ich z. E. von einem Faß Wein quasi usumfructum haben: ich darf den Wein trinken, meine Erben aber müssen ein Faß von gleichem Gehalt und Güte zurückgeben, oder den Werth des Weins bezahlen. Ich kann von einem Capital den quasi usumfructum haben; es ausleihen, die Zinsen davon ziehen, und meine Erben müssen das Capital zurückbezahlen. Nach der gemeinen Meynung hat dieser quasi ususfructus nur bey rebus fungibilibus statt, aber Herr P. Schott (* 3) zeigt, daß auch bey nicht fungibelen Sachen ein quasi ususfructus constituirt werden kann; wiewohl er da nicht so gewöhnlich ist, als bey fungibelen.

Die Anmerkung berührt die Streitfrage: ob Kleider im wahren oder im quasi usufructu sind? Die Frage ist practisch. Dann sind die Kleider in in vero usufructu, so giebt der Erbe des Usufructuars nichts, als die übrige Lumpen zurück; sind sie aber in quasi usufructu, so muß er den Werth bezahlen, den die Kleider zu der Zeit hatten, als der quasi ususfructus anfieng. Die Meynungen der Juristen sind sehr getheilt; dann die Gesetze scheinen sich gerade zu widersprechen. Im angeführten §. 2 I. h. heist es: constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in ser-

vis

vis et iumentis et caeteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque ciuili recipiunt usumfructum, quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, *vestimenta.* Hingegen L. 15. §. 4. cit. sagt: et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur. Man hat diese Gesetze auf mancherley Art zu vereinigen gesucht Schott hat in der angeführten Dissertation (* 4) die verschiedene Conciliationen erzählt. Seine eigene Meynung ist, die Kleider seyen der Regel nach in quasi usufructu. Wann aber der Erblasser einem den Niesbrauch seiner Kleider mit dem Zusatz vermache, daß nichts als die alte verbrauchte Ueberreste an den Proprietar restituirt werden sollen; so sey ein wahrer ususfructus vestimentorum vorhanden. In der Praxis ist die Meynung der Glossatoren angenommen, man müsse nemlich zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern distinguiren. Jene könnten nur in quasi usufructu, diese aber auch in vero usufructu seyn (* 5).

(1) *Aug. Frid. Schott* progr. de rebus, quae functionem recipiunt, in opuscul. pag. 212.
(2) §. 2. I. h. t. *Schott* diss. de usufr. vestimentorum cap. 3. §. 2. sqq. in opusc. pag. 183.
(3) Diss. cit. cap. 1. §. 3. sqq.
(4) Cap. 4. pag. 201.
(5) *Struv.* Exerc. 12. th. 39. *Stryk* not. ad *Lauterb.* tit. de usufr. ear. rer. *Berger* resolut. eod. tit.

§. 375. Der Usufructuar muß die Beschwerden tragen.

Der Usufructuar zieht allen Nutzen von der Sache; wer aber das thut, muß billig auch die Beschwerden tragen. Daher ist der Usufructuar schuldig, die Abgaben, sowohl ordentliche, als ausserordentliche zu entrichten, die von der Sache zu entrichten sind. Wird ihm dieß zu schwer, dann es kann wohl geschehen, daß in ausserordentlichen Fällen, in Kriegszeiten, Mißjahren, u. s. w. die Abgaben sich höher belaufen, als der Nutzen: so ist er befugt, den Niesbrauch zu derelinquiren.

§. 376. Wie wird der Niesbrauch bestellt?

Der Niesbrauch kann auf mancherley Art entstehen. 1) Geben die Gesetze zuweilen selbst mir den Niesbrauch einer fremden Sache. Dahin gehört a) der Niesbrauch des Vaters. Er hat den usumfructum von dem Vermögen seiner Kinder, was man peculium aduentitium ordinarium nennt, und welches im 9ten Titel dieses Buchs ausführlich erklärt werden wird. b) Der Ehegatten. Man bemerke nemlich, nach der 23sten Tabelle, folgende zwey Fälle.

Fälle. Der erste ist: ein Ehegatte stirbt ohne Testament, und der überlebende, Witwer oder Witwe, erbt vermöge der Gesetze (ab intestato) einen Theil der Verlassenschaft. Diesen Theil bekommt er pleno iure, das heist, er erhält Proprietät und Niesbrauch, wenn er nicht mit seinen eignen Kindern, sondern mit Stiefkindern, Eltern des verstorbenen oder Seitenverwandten erbt. Succedirt hingegen ein Ehegatte mit seinen eignen Kindern, so erhält er nur den Niesbrauch von seiner Erbportion, die Kinder aber haben die Proprietät. Der zweyte Fall ist: ein Ehegatte stirbt, und der andere überlebende Ehegatte erhält aus der Erbschaft etwas vermöge eines vom Verstorbenen errichteten Testamentes, oder eines mit demselben geschlossenen Vertrags. In diesem Falle bekommt er darauf ein volles Recht, Proprietät und Abnutzung. Wann er aber zur zweyten Ehe schreitet, und Kinder aus erster Ehe vorhanden sind; so fällt die Proprietät auf diese, und der Ehegatte behält nur den Niesbrauch.

2) Giebt zuweilen der Richter einen Niesbrauch. Dieß geschieht in den iudiciis diuisoriis. Man hat nemlich drey Klagen im römischen Recht, welche iudicia diuisoria heissen. Sie sind iudicium finium regundorum, familiae herciscundae, communi diuidundo. Wann nemlich die Gränzen zweyer liegenden Güter in Unordnung gerathen sind, und einer der Eigenthümer auf die Herstellung der Gränzen klagt: so heist die Klage *iudicium finium regundorum.* Haben mehrere Miterben bisher eine Erbschaft in ungetheilter Gemeinschaft besessen, und einer klagt nun auf die Vertheilung: so ist es *iudicium familiae heriscundae.* Wann endlich eine einzelne Sache bisher mehreren Miteigenthümern gemeinschaftlich zugehört hat, und einer auf die Theilung klagt: so ist es *iudicium communi diuidundo.* In diesen Processen giebt zuweilen der Richter einen abwechselnden Niesbrauch. Wann er zum Exempel ein Haus unter zwey Miterben vertheilen soll, das sich nicht wohl wirklich vertheilen läßt, das auch die Erben nicht verkaufen wollen, und keiner dem andern ganz überlassen will; kurz, wann kein anderes Mittel vorhanden ist, die Interessenten aus einander zu setzen: so kann der Richter die Veranstaltung treffen, daß einer um den andern den Niesbrauch hat. Indessen hat ein solcher alternirender Niesbrauch viel Unbequemlichkeiten; daher muß ihn die Obrigkeit nicht ohne die äusserste Noth anordnen.

3) Bestellt der Eigenthümer den Niesbrauch, und zwar entweder durch einen letzten Willen, oder durch einen Vertrag. Das erste ist das gewöhnlichste. Es geschiehet nemlich oft, daß jemand im Testament einer Person lebenslang den Einsitz und die Nutzniessung in seinem Hause, auf seinem Landgute, oder auch in allen seinen Gütern vermacht. Wann der Niesbrauch durch einen Vertrag constituirt werden soll: so muß die Quasitradition hinzukommen.

Ehe

Ehe diese geschehen ist, existirt noch kein dingliches Recht; sondern der, welchem der vsusfructus versprochen ist, hat nur ein ius ad rem.

Endlich kann auch 4) ein Niesbrauch durch die **Verjährung** erlangt werden. Man sehe den 352. §.

§. 377. Wie der Niesbrauch aufhört.

Der Niesbrauch ist eine persönliche Dienstbarkeit. Er hört also auf 1) wann der Usufructuar stirbt. Wie aber, wann dieser eine moralische Person ist, die nicht stirbt? Man nennt nemlich, wie wir oben (§. 61.) gehört haben, einen Inbegriff mehrerer Personen, welche zusammen gewisse Rechte geniessen, eine moralische Person. Gesetzt also einer Gesellschaft im Staate, und zwar einer solchen, die auf ewig eingegangen ist, z. E. einer Stadtgemeinde, wird ein Niesbrauch gegeben, wie lange dauert er? Die Gesetze sagen hundert Jahre; weil sie dieß für das höchste menschliche Alter halten. Der Niesbrauch wird auch 2) durch die größte und mittlere **Capitisdeminution** geendigt, weil diese als ein bürgerlicher Tod angesehen werden.

§. 378. Fortsetzung.

Der dritte Fall, wo der Niesbrauch ein Ende nimmt, ist die **Consolidation**; wann der Proprietar den Niesbrauch acquirirt, z. E. kauft; oder der **Usufructuar** die Proprietät an sich bringt. 4) Macht der **Untergang** der Sache, die im Niesbrauche ist, demselben ein Ende. Z. E. der Niesbrauch des Pferdes hört auf, wann es krepirt; der Niesbrauch des Hauses, wann es abbrennt. Merkwürdig ist, daß der Niesbrauch eines Gebäudes, so wie der vsus nicht auf dem Boden des Hauses fortdauert. Wann das Gebäude, worauf mir der Niesbrauch zustehet, abbrennt: so könnte ich doch den Platz noch als Garten benutzen. Dazu aber bin ich nach den römischen Gesetzen nicht befugt. Endlich hört auch 5) der vsusfructus durch den Nichtgebrauch auf. Wann ich zehen Jahre lang an dem Orte, wo die res vsufructuaria ist, gegenwärtig bin, ohne die Sache zu gebrauchen: so ist der Niesbrauch erloschen. Ein gleiches geschieht, wann ich zwanzig Jahre abwesend den Niesbrauch nicht exerciret habe. Die Frage übrigens, ob der blose Nichtgebrauch den vsumfructum extinguire, oder ob noch ausser dem vsucapio libertatis erforderlich sey, habe ich oben beantwortet (*1). (§. 368.)

(1) Das letzte behaupten *Leoninus* de vsufr. cap. 18. n. 11. *Galuanus* de vsufructu cap. 41. n. 11. *Heinecc.* ad *Vinn.* h. t. §. 3. n. 2. *Pufendorf* T. 3. obs. 188. §. 16.

§. 379. Fortsetzung.

Wann ein unwiderruflicher Eigenthumsherr einen Niesbrauch constituirt, und sein Eigenthum veräussert; so hört darum der Niesbrauch nicht auf; dann

er ist ein dingliches Recht. Wann hingegen ein widerruflicher Eigenthümer jemand einen Niesbrauch giebt: so wird sein Eigenthum entweder *ex nunc*, oder *ex tunc* resolvirt. Im letzten Fall hört der Niesbrauch auf, im ersten aber nicht. (§. 289.) Endlich 7) exspirirt der Niesbrauch, wann er auf eine gewisse Zeit ertheilt, und diese Zeit verflossen ist.

TIT. V.

De vsu et habitatione.

§. 380. 381. Was ist der vsus?

Die zweyte Gattung der persönlichen Servituten ist der *vsus minus plenus* oder vsus schlechtweg. Der Unterschied dieses vsus vom vsufructu ist schon im vorigen Titel erklärt. (§. 370.) Wer vsumfructum hat, nimmt allen Nutzen von der Sache, der sich nur davon ziehen läßt; wer aber blos vsum hat, mit einem Worte der *vsuarius*, darf nicht mehr von den Früchten nehmen, als er zu seiner Nothdurft bedarf.

§. 382. Grundsätze davon.

Der vsus enthält also 1) gewöhnlich weniger als vsusfructus. Ich sage gewöhnlich; dann wann der vsuarius alle Früchte der Sache nothwendig braucht, so nimmt er sie auch alle, eben so gut, als ob er vsumfructum hätte. 2) Der vsus richtet sich nach den Bedürfnissen des vsuarii. Hat er grosse Bedürfnisse, weil seine Familie weitläuftig ist: so nimmt er viel von den Früchten; sind aber seine Bedürfnisse gering: so zieht er wenig. Vermehren oder vermindern sich die Bedürfnisse: so vermehrt oder vermindert sich auch der vsus.

§. 383. Wie genießt der vsuarius die Sache.

1) Wer also den vsum eines Landgutes hat, kann von dem Getreide, Gemüß, Obst, Blumen, Heu, Stroh, Holz, so viel nehmen, als er in seiner Haushaltung braucht; die übrige Früchte aber gehören nicht ihm, sondern dem Proprietario. 2) Der vsuarius kann weder ein Recht noch die Ausübung desselben einem andern verkaufen, vertauschen, vermiethen, auch nicht umsonst überlassen. Von dem vsufructuario haben wir gehört, (§. 372.) daß er zwar sein Recht nicht abtreten, aber doch durch einen andern exerciren lassen könne. Keines von beiden ist der vsuarius zu thun befugt.

fugt. Wann er auch vſuarius bleiben, und nur die Früchte einen andern wollte genieſſen laſſen, ſo geht es doch nicht an. Eine völlige befriedigende Urſache dieſer Verordnung weiß ich nicht anzugeben. Gemeiniglich heiſt es: der Grund zur Ertheilung des vſus ſey die Nothdurft des vſuarii; wann er aber den vſum einem andern überlaſſen wolle: ſo gebe er zu erkennen, daß ihm derſelbe nicht nothwendig ſey. Manz (*1) ſagt: vſus non poteſt a perſona ſeparari, cum alius alio plus indigeat, conſequenter in alterius perſona alius vſus ſit futurus. Andere (*2) ſagen: vſus iſt nicht blos ſeruitus perſonalis, ſondern perſonaliſſima, die von der Perſon des uſuarii ſchlechterdings unzertrennlich iſt. Eine Ausnahme übrigens leidet dieſer Satz, wann der vſus dem vſuario ſchlechterdings unnütz wäre, wofern er ihn nicht vermiethen dürfte; z. E. wann man einem Fuhrmann den vſum eines Pferdes, einem Ungelehrten den vſum einer Büchersammlung vermacht hätte. 3) Wer daher den vſum eines Hauſes hat, darf es ſelbſt bewohnen, ſo viel nemlich davon bewohnen, als er zur Nothdurft braucht; aber vermiethen darf er es nicht. Einen Gaſt aufzunehmen iſt ihm erlaubt, wiewohl verſchiedene ältere Juriſten daran zweifelten. Auch ſogar einen Miethsmann, inquilinum, darf er bey ſich wohnen laſſen; welches ſonderbar iſt, indeſſen in der angeführten **L. 2. §. 1. D.** h. t. ausdrücklich verſtattet wird. 4) Wer vſum eines oder mehrerer Stücke Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger ſoviel als er nöthig hat, aber nicht die **Wolle**, auch nicht die **Jungen**. Eine hinlängliche Raiſon weiß ich auch davon nicht anzuführen. Manz (*3) ſagt, die Jungen ſind ein von der Mutter verſchiedenes Ding. Wann alſo der vſuarius die Jungen nehmen wollte: ſo würde er ein anderes Ding gebrauchen, als deſſen vſus ihm gegeben iſt; die Wolle kann man faſt zu nichts gebrauchen, ehe ſie geſponnen und verwebt iſt; ſobald aber das geſchieht, iſt ſie keine Wolle mehr. Wie lahm dieſe Gründe ſind, ſieht man ohne mein Erinnern.

(1) In commentar. ad l. h. t. §. 2.
(2) *Faber* in rational. ad l. 2. §. 1. D. h. t.
(3) In commentar. ad tit. pandectar. de vſu & habitatione Quaeſt. 6. reſp. 7. in opp. Tom. 1. pag. 179.

§. 384. Von der Wohnung.

Die dritte Gattung der perſönlichen Dienſtbarkeiten iſt die **Wohnung**, *habitatio*; oder das dingliche Recht eines andern Hauſes, der Subſtanz des Hauſes unbeſchadet zu bewohnen.

§. 385. Was ſie enthält.

Wer alſo dieſe Servitut hat, bedient ſich 1) nicht blos des Hauſes zur Nothdurft, wie der vſuarius; er kann ferner Zimmer zum Vergnügen haben.

2) Er kann auch das ganze Haus vermiethen, welches dem vsuario nicht erlaubt ist. Allein er darf doch 3), wie unser Autor glaubt, nur die Theile des Hauses gebrauchen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind; Stuben und Kammern; also nicht Keller, Speicher, Hausgarten u. s. w. (*1)

(1) Gleicher Meynung sind *Franzk.* ad Pand. h. t. n. 8. und *Lauterbach* Coll. th. pr. Cod. tit. §. 12. Allein ich weiß nicht, womit man sie beweisen will. In den Gesetzen steht nichts davon.

§. 386. Von den operis seruorum.

Endlich die vierte Gattung der persönlichen Dienstbarkeiten, sind die *operae serui*, oder das dingliche Recht, mir von eines andern Sklaven Dienste leisten zu lassen. Diese Servitut hat das ganz besondere, und von den Regeln der Personalservituten abweichende, daß sie nicht mit dem Tode dessen, dem sie zusteht, aufhört, sondern auf dessen Erben geht. Nicht eher, als bis der dienende Sklave stirbt, nimmt sie ein Ende.

§ 387. Deutsches Recht.

Der Titel de vsu & habitatione hat wenig practischen Nutzen. 1) Wir distinguiren den *vsumfructum* und *vsum* nicht; haben auch keine Wörter, welche den römischen gleichbedeutend wären. Wann ich jemanden den Nießbrauch, Abnutzen, Nutznießung, Leibzucht, Gebrauch, gebe: so ziehet er alle Nutzungen, welche sich von der Sache ziehen lassen; die eingeschränkte seruitus vsus war den Deutschen ganz unbekannt. 2) Wann indessen jemand einem andern die seruitutem vsus oder habitationis ausdrücklich nach römischen Gründsätzen ertheilte: so würde man auch das römische Recht befolgen müssen. 3) Die seruitus habitationis wird zuweilen einem in letzten Willensverordnungen vermacht. In diesem Falle muß man, wie Thomasius (*1) anmerkt, die Redensarten wohl unterscheiden: a) ich vermache ihm mein Haus zur Wohnung, oder ich vermache ihm meine Wohnung; b) ich vermache ihm die Wohnung in meinem Hause, oder die Bewohnung des Hauses; und c) ich vermache ihm eine Wo nung im Hause. Im ersten Falle bekommt der Legatar das Haus eigenthümlich; im zweyten hat er die seruitutem habitationis, und kann das ganze Haus einnehmen; im dritten aber hat er eine eingeschränktere Servitut, er kann nur so viel von dem Hause zur Wohnung verlangen, als er nothwendig braucht.

(1) In not. ad Inst. h. t.

De actionibus occasione seruitutum competentibus.

§. 388. Von der actione confessoria et negatoria directa.

Bey den Dienstbarkeiten kommen zwey Klagen vor: *actio confessoria* und *negatoria*. Jene entstehet aus dem Recht der Dienstbarkeit; diese aber aus der natürlichen Freyheit; und die Dienstbarkeit giebt nur Gelegenheit dazu (* 1). Man wendet diese Klage auch auf andere Rechte an, die keine Dienstbarkeit sind, und theilt sie daher in *directas* et *vtiles* ein. Wann sie nemlich wegen einer Dienstbarkeit angestellt werden: so heissen sie actiones directae. Werden sie aber wegen anderer Gerechtigkeiten angebracht: so nennt man sie vtiles. Actio confessoria directa wird also von dem angestellt, der sich für seine Person oder seine Sache eine Dienstbarkeit zuschreibt, gegen den, welcher die Servitut leugnet, oder in der Ausübung derselben Hindernisse macht, oder mit dem Object der Servitut dergestalt umgehet, daß mir mein Recht vereitelt werden würde, wann dem andern kein Einhalt geschähe; mit Bitte, daß man dem Kläger die Dienstbarkeit zuerkennen, dem Beklagten alle Stöhrung untersagen, und ihn desfalls zur Cautionsleistung anhalten möge. Z. E. ich behaupte, daß mir das Recht über meines Nachbars Garten zu fahren zukomme; der Nachbar aber leugnet es; verschließt seinen Garten, will mir nicht mehr erlauben, durchzufahren. In diesem Falle stelle ich die confessorische Klage an; bringe bey, daß ich die seruitutem viae durch einen rechtmäßigen Titel erworben hätte; gleichwohl in deren Ausübung vom Nachbar gestöhrt würde; ich bäte also zu erkennen und auszusprechen, daß mir diese Dienstbarkeit zustehe; der Nachbar folglich sie zu leiden, und mir Caution de non amplius turbando zu bestellen schuldig sey. Oder ich habe die Weidgerechtigkeit in eines andern Wald, er will den Wald umhauen und in Aecker verwandeln. Oder mir steht das Beholzigungsrecht in einem fremden Walde zu; der Eigenthümer behandelt den Wald dergestalt, daß ich fürchten muß, ich werde mit der Zeit das nöthige Brennholz nicht mehr daraus ziehen können. Auch in diesen Fällen kann ich vermittelst der actionis confessoriae den Waldeigenthümer in die Ordnung weisen. Hingegen die negatorische directe Klage stelle ich an, wann mein Gut frey ist; gleichwohl sich einanderer eine Dienstbarkeit darauf anmaßt. Die Bitte gehet dahin, das Gut für frey zu erklären, dem Beklagten zu befehlen, daß er sich der angemaßten Dienstbarkeit enthalte, und Caution de non amplius turbando leiste.

(1) *Ferd. Aug. Hommel* diss. de actione confessoria ex seruitute, et negatoria ex libertate Lipsi. 1721.

§. 389. Von der confessoria und negatoria vtili.

Die actio confessoria vtilis hat statt, wann ich mir ein besonderes Recht, *ius singulare et priuatiuum* zuschreibe, welches keine Servitut ist; andere mir es leugnen, und mich in dessen Ausübung hindern. Das Gesuch des Klägers ist: zu erkennen, daß ihm das besondere Recht zustehe, und Beklagter ihn ferner darin nicht stöhren solle. Hingegen die negatoria vtilis wird angestellt, wann ich etwas thun will, das ich vermöge der natürlichen Freyheit, oder nach den gemeinen Rechten, oder vermöge eines gleichen Rechtes thun darf; ein anderer sich aber ein ausschließliches Recht anmasset, und mir daher die Handlung nicht erlauben will. Die Bitte des Klägers ist: daß dem Beklagten kein ausschliessendes Recht zustehe, und er daher dem Kläger in der Ausübung des verlangten Rechtes keine Hindernisse machen solle. Also die confessoria vtilis setzt voraus, daß ich ein besonderes und ausschließliches Recht verlange, und meine Klage darauf gründe. Hingegen wann ich negatoriam anstelle, so behaupte ich, daß ich die Handlung thun dürfe a) entweder wegen der natürlichen Freyheit; weil jeder Mensch nach dem Naturrechte sie thun dürfe; oder b) wegen eines gemeinen Rechtes; weil die römische, canonische oder deutsche Gesetze die Handlung jedem erlauben; oder c) wegen eines gleichen Rechtes; das heist, daß mir die Handlung eben sowohl als dem Beklagten erlaubt sey. Beyspiele werden die Sache aufklären. Man stelle sich vor, ich behaupte, daß mir allein das Recht zustehe, an einem Ort eine Apotheke zu haben: und ein anderer will gleichwohl noch eine zweyte Apotheke anlegen. Wann ich gegen ihn klage, und ihm dieses Recht negire, so ist es actio confessoria. Gesetzt aber er klagt, und leugnet mir das ausschließliche Recht auf eine Apotheke; behauptet, daß er vermöge der natürlichen Freyheit, oder vermöge des Herkommens an dem Ort, oder vermöge eines privilegii eben so gut, als ich eine Apotheke zu errichten befugt sey: so ist es actio negatoria. Wann es in einer Gegend hergebracht ist, daß der Zehende in der zehenden Garbe besteht; und ich behaupte, daß mir vermöge eines besonderen Rechtes die neunte Garbe gehöre: so muß ich actionem confessoriam anstellen. Klagen hingegen die Zehendpflichtige, und behaupten, daß sie vermöge des gemeinen Rechtes nur die zehende Garbe zu geben schuldig seyen: so ist ihre Klage actio negatoria. Wann in einem Lande den Adelichen, welche die Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern haben, die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zukommt, gleichwohl einer von Adel behauptet, daß er diese Gerichtsbarkeit habe, und deswegen Klage erhebt: so ist es confessoria; stellt aber der Fiscal gegen ihn Klage an: so ist sie negatoria. Wann die Bauern behaupten, daß sie dem Landesherrn zu keinen ungemessenen Frohndiensten verbunden seyen, so müssen sie actionem confessoriam anstellen; denn sie behaupten etwas singuläres,

und

und die Vermuthung streitet gegen sie. Klagt hingegen der Landesherr, so ist es actio negatoria (*1). Noch muß ich anmerken, daß auch in dem Fall, wann jemand seine Servitut, oder ein anderes besonderes Recht zu weit ausdehnt, die negatoria gegen ihn angestellt wird (*2).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 2. Obs. 33. *Stryck* de act. forens. investig. sect. 2. membr. 4. §. 5. sqq.
(2) *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 2. §. 40. *Hommel* rhapsod. obs. 34.

TIT. VI.

De vsucapionibus et longi temporis praescriptionibus.

§. 390. Uebergang zu dieser Lehre. Die modi adquirendi ciuiles sind entweder vniuersales oder singulares.

Die modi adquirendi sind entweder im Naturrecht gegründet, oder durch die bürgerliche Gesetze eingeführt. Jene heissen naturales, und sind im Titel de adquirendo rerum dominio vorgetragen worden. Diese heissen ciuiles, und sind entweder *vniuersales* oder *singulares*. Vniuersales heissen die, wodurch man das ganze Vermögen eines Menschen erwirbt, singulares, wodurch man nur ein einzelnes Recht an sich bringt. Die vniuersales sind im folgenden §. erzählt.

§. 391. Modi adquirendi vniuersales.

Sie sind nemlich 1) *hereditatis adquisitio*, 2) *bonorum possessio*, 3) *adquisitio per arrogationem*, 4) *addictio libertatum seruandarum causa*, 5) *adquisitio per sectionem bonorum*, 6) *ex senatusconsulto Claudiano*. Da in der Folge an den angeführten Orten von jedem besonders gehandelt werden wird: so ist es unnöthig sie hier zu erklären. Die Note sagt: Justinian hat in den Institutionen nur von diesen sechs modis adquirendi gehandelt; aber es giebt mehrere. Nemlich der siebende ist: *successio fisci in bona damnatorum et vacantia*. Wann jemand zum Tode verurtheilt wird, der gar keine Descendenten, auch keine Ascendenten vom ersten, zweyten, oder dritten Grade hinterläßt: so confiscirt der Landesherr dessen ganzes Vermögen. Auch in dem Fall, da jemand stirbt, auf dessen Erbschaft Niemand vermöge Vertrages oder Testamentes oder Gesetzes Anspruch hat, nimmt der Fiscus das Ver-

Vermögen als eine rem nullius weg. (§. 703.) 8) Wann jemand ins Kloster geht: so fällt sein ganzes Vermögen dem Kloster zu. 9) Endlich wann eine Ehefrau in manum mariti kam, (§. 126.) so erhielt der Mann ihr sämtliches Vermögen als Heyrathsgut.

§. 392. Singulares.

Die singulares modi adquirendi ciuiles sind vier: 1) *vsucapio*, 2) *donatio*, 3) *legatum*, 4) *fideicommissum singulare*.

§. 393. Was ist die Verjährung.

Um die schwere Materie von der Verjährung in ihr volles Licht zu setzen, will ich vorerst eine allgemeine Anmerkung vorausschicken, alsdann 2) das System des Justinianeischen Rechtes vortragen; und endlich die Geschichte dieses Artikels erzählen. Ich setze das System der Geschichte vor, weil es sonst nicht wohl möglich ist, diese zu verstehen.

Die allgemeine Bemerkung ist: wann ich eine Sache vom wahren Eigenthümer nach vorausgegangenem rechtmäßigen Titel tradirt erhalte: so werde auch ich, und zwar sogleich Eigenthümer. Es bedarf also keiner Verjährung. (*1) Gesetzt aber a) jemand überläßt mir die Sache, welcher nicht Eigenthümer davon ist, und nicht befugt war, sie mir zu überlassen; z. E. ich deponire bey X. eine Sache; dieser verkauft sie ohne meine Erlaubniß an Y, oder b) der wahre Eigenthümer überläßt mir sie; aber der titulus ist nicht iustus, z. E. ein Ehegatte schenkt dem andern ein Landgut. Diese Schenkung ist kein iustus titulus, weil Ehegatten einander nichts gültig schenken können. (§. 411.) Oder c) eine Sache kommt unter die meinige, und ich habe gar keinen Titel; z. E. meinem Erblasser ist eine Sache nur geliehen gewesen; ich finde sie in der Erbschaft, und glaube, sie habe dem Verstorbenen eigenthümlich gehört; behalte sie also. In diesen Fällen werde ich nicht sogleich Eigenthümer der Sache, sondern ich muß meine Zuflucht zur Verjährung nehmen. Erst alsdann, wann ich die Sache eine Zeitlang bona fide besessen habe, ist sie mein, und diese Erwerbungsart heist Verjährung.

Das Rechtssystem in der Lehre von der Verjährung ist folgendes: Verjährung, Präscription, ist die Erlangung eines Vortheiles aus dem Grunde, weil ein anderer sein Recht binnen der vorgeschriebenen Zeit nicht ausgeübt, und daher verlohren hat. Der Vortheil bestehet entweder darin, daß die Klage, die der andere gegen mich hatte, erlischt; oder darin, daß ich ein gewisses Recht acquirire. Im ersten Fall ist die *extinctiua praescriptio*, im letzten die *adquisitiua* vorhanden. Jeder Klage nemlich haben die Gesetzgeber eine gewisse Zeit vorgeschrieben; binnen dieser muß sie angestellt werden. Wo nicht:

so

so geht sie verlohren; das heist der Beklagte kann ihr exceptionem praescriptionis exstinctiuae entgegen setzen. Durch diese Präscription erhalte ich also kein neues Recht; ich werde nur von der Klage und von meiner Verbindlichkeit befreyet. Durch die adquisitiuam praescriptionem aber erwerbe ich ein Recht, ein Eigenthum, eine Dienstbarkeit, u. d. g. Von der exstinctiua wird im 12ten Titel des vierten Buches gehandelt werden; von der adquisitiua aber ist in dem gegenwärtigen Titel die Rede.

Diese erfordert a) eine Sache, welche der Verjährung fähig ist; b) *bonam fidem*; c) einen ununterbrochenen Besitz; d) einen gewissen Zeitverlauf, ich muß die Sache eine zeitlang besitzen.

Wann ich also etwas durch die Verjährung erwerben will: so besitze ich entweder ununterbrochen, mit einem rechtmäßigen Titel, und bona fide eine Sache, die nicht unter die Ausnahme gehört; oder nicht. Im ersten Falle acquirire ich die Sache in langer Zeit; das heist eine bewegliche Sache in drey, eine unbewegliche in zehen oder zwanzig Jahren. Aber im letzten Falle muß man weiter distinguiren. Entweder fehlt es 1) an der ununterbrochenen Possession, oder 2) an der bona fide, oder 3) am rechtmäßigen Titel, oder 4) die Sache gehört zur Ausnahme, ist von einer besondern Art, ist nicht *usucapibilis*, wie einige sagen. Wann das erste oder zweyte Erforderniß fehlt: so fällt alle Verjährung weg; fehlt das dritte, der iustus titulus nemlich, so muß ich dreyßig Jahre besitzen. Ist endlich am vierten Stück ein Mangel: so ist entweder die Sache zu aller Verjährung ganz ungeschickt, oder nur zu derjenigen, die in langer Zeit geschieht. Wann die Sache zu aller Verjährung unfähig ist: so fällt auch diese ganz weg. Wofern aber die Sache nur zur Verjährung der langen Zeit unfähig ist: so muß ich nach Verschiedenheit des Gegenstands um zu verjähren den Besitz 30, 40 oder 100 Jahre forsetzen.

(Man sehe die zu diesem §. gehörige 24. Tabelle.)

Nun wird man im Stande seyn, die Geschichte der Verjährung zu verstehen, von der unser Autor in der zweyten Anmerkung spricht. Man unterscheide in dieser Geschichte vier Perioden. Erste Periode. Nach den Gesetzen der 12 Tafeln wurden bewegliche Sachen binnen Einem Jahre, unbewegliche in zwey Jahren usucapirt. So sind die Worte der zwölf Tafelgesetze zu verstehen: usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus esto (* 2). Aber diese Usucapion hatte nur bey körperlichen Sachen; b) bey liegenden Gütern in Italien; c) nicht bey unkörperlichen Dingen oder Gerechtsamen; auch d) nicht bey Gütern in den Provinzen statt; und e) nur ein römischer Bürger war dazu fähig. Zweyte Periode. Weil die Usucapion in so enge Gränzen eingeschlossen war: so erfand der Prätor die praescriptionem

longi temporis. als ein Supplement der Usucapion. Diese hatte a) statt bey solchen Dingen, wo die Usucapion cessirte; b) auch ein peregrinus konnte sie gebrauchen; c) sie gab aber kein *ius vindicandi*, sondern nur ein *ius retinendi & excipiendi*; oder richtiger zu reden, die praescriptio war nichts anders, als eine Art von Exception, welche vom langwierigen Besitze hergenommen war. Wann ich eine Sache in langwierigem Besitz gehabt hatte: so konnte ich mich mit der exceptione praescriptionis gegen jeden schützen, der mir die Sache wegnehmen wollte; verlohr ich aber den Besitz, so konnte ich die Sache nicht vindiciren; dann ich war durch die Präscription kein vollkommener Eigenthümer geworden. d) Diese Präscription erforderte eine Zeit von 10 oder 20 Jahren. Sie heist die prätorische Präscription, auch *praescriptio longi temporis*. Dritte Periode. Zu den Zeiten der Kayser kam die *praescriptio longissimi temporis* oder 40 *annorum* auf. Sie hatte statt, wann die Erfordernisse der prätorischen Präscription, bona fides oder iustus titulus fehlten. Auch diese gab nichts weiter, als ein Recht zu excipiren. Vierte Periode. Justinian verwandelte 1) die Zeit von 40 Jahren in 30 Jahre; einige Fälle ausgenommen, worin er die 40 Jahre beybehielte. 2) Er legte der dreyßigjährigen Präscription die Kraft bey, ein Eigenthum zu wirken, wofern nur der praescribens in bona fide ist. 3) Machte er die Usucapion und praescriptionem longi temporis einander gleich, und zwar a) in Ansehung der Wirkungen. Dann man kann durch die praescriptionem longi temporis ein Eigenthum erlangen. b) In Ansehung der Gegenstände. Man distinguirt nemlich nicht mehr zwischen Gütern, die in Italien, und solchen, die in den Provinzen liegen. Der einzige Unterschied blieb nur bestehen, daß man von unkörperlichen Dingen das Wort *usucapere* nicht gebraucht, sondern nur den Ausdruck *praescribere*. Endlich c) machte er sie einander auch gleich in Absicht der Zeit; die Usucapion erfordert, eben so wie die praescriptio longi temporis, eine Zeit von 3, 10 oder 20 Jahren (* 3).

Noch ist die erste Anmerkung zu dem Paragraph zu erklären übrig. Das Naturrecht weiß nach der richtigern Meynung nichts von der Verjährung (* 4). Justinian rechnet sie daher mit Grund unter die modos adquirendi civiles. Die bürgerliche Gesetze haben sie eingeführt 1) zur Strafe der Nachläßigkeit. Sie glauben, daß ein Mensch, der seine Sache so lange in fremden Händen läßt, und seine Rechte versäumt, billig mit deren Verlust bestraft werde. 2) Damit die Processe nicht ewig werden. Wann nemlich keine Verjährung gilt: so kann ich wegen eines Handels noch nach 100 und mehr Jahren belangt werden. Nach so langer Zeit ist die Sache in Vergessenheit gekommen, die Zeugen sind gestorben, die Documente verlohren u. s. w. Daher ist sehr heilsam verordnet, das jede Klage binnen gewisser

Zeit

Zeit angestellt werde, und wann dies nicht geschiehet, verlohren seyn soll. 3) Würden ohne Verjährung die Eigenthumsrechte immer ungewiß bleiben. Wann ich eine Sache durch den gerechtesten Titel an mich brächte, so würde ich doch nicht versichert seyn, daß ich sie behielte, weil es seyn könnte, daß mein auctor (der, von dem ich sie erhalten habe) nicht befugt gewesen wäre, sie mir zu überlassen. Durch die Verjährung wird dieser Ungewißheit abgeholfen.

(1) *Meister* progr. de errore circa titulum eiusque effectu in usucap. §. 7. in opusc. Vol. I. p. 133.
(2) *Contius* disp. lib. I. cap. II in opp. p. 167.
(3) Die Geschichte der Verjährungslehre erzählen *Galvanus* de usufr. cap. II. *Franc. Car. Conradi* in einer Abhandl. welche seine triga libellorum, quibus iura usucapionum illustrantur (Lipsi. 1728. 4.) vorgesetzt ist, und *Andr. Flor. Rivinus* diss. de usucapionis statu sec. ord. chronologicum a XII. tabulis ad tempora Iustiniani, Lipsi. 1756.
(4) Mein Naturrecht §. 110. und die dort angeführten Schriften

§. 394. Erfordernisse jeder Verjährung.

Jede adquisitive Verjährung erfordert also 1) eine **Verjährungsfähige Sache**; dann es giebt Dinge, die man durch keine Verjährung an sich bringen kann, und die im folgenden §. beschrieben werden. 2) *Bonam fidem.* Was das heisse, ist oben schon (§. 281.) beyläufig erklärt worden, wird aber im 396sten §. noch deutlicher aus einander gesetzt werden. 3) **Eine ununterbrochene Possession.** Dann wann ich in keinem ruhigen Besitz der Sache bin: so kann ich sie nicht durch Verjährung erwerben. Man sehe den 397sten §. 4) Wird zu jeder Verjährung die Verfliessung eines gewissen von den Gesetzen bestimmten Zeitraums erfordert; einer Zeit von 3, oder 10, oder 20, oder 30, oder 40, oder 100 Jahren (§. 399. 403. 404. 405.)

§. 395. Welche Sachen zur Verjährung unfähig sind.

Unfähig zur Verjährung sind 1) die Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, die man nicht eigenthümlich haben, verkaufen, vertauschen, verschenken u. s. w. kann. Dergleichen sind nach römischen Rechten die res divini iuris, res sacrae et religiosae; (§. 263. §. 265.) (* 1) 2) Die Sachen eines Pupillen, das heist, wann ich die Sache eines Pupillen auch durch den rechtmässigsten Titel an mich bringe, und in optima fide bin: so kann ich sie doch, so lange, als der Mensch unmündig ist, und unter der Vormundschaft steht, nicht verjähren. Man denke sich den Fall, daß ein Pupill eine seiner Sachen bey jemanden deponirt, und dieser sie mir verkauft. Nach zurückgelegten Jahren der Unmündigkeit fängt die praescriptio 30 annorum an zu laufen. L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annorum. 3) Die

res merae facultatis. Ueber die Definition einer rei oder actus merae facultatis ist viel geschrieben worden. Die Nominaldefinition ist leicht zu geben. Actus merae facultatis ist eine Handlung, die ich thun kann, so lange ich will, ohne dadurch verbunden zu werden, sie fernerhin zu thun, und die ich auch unterlassen kann, so lange ich will, ohne dadurch zu fernerer Unterlassung verpflichtet zu werden. Aber welche Handlungen sind dann nun von dieser Art, daß ich sie ohne Nachtheil so lange thun und unterlassen kann, als es mir gefällt. Ich glaube, daß folgende Vorstellungsart die richtigste und fruchtbarste in der Praxis ist. Es giebt dreyerley Handlungen, die nach der Vorschrift der Gesetze binnen gewisser Zeit geschehen müssen: 1) muß ich die mir zustehende Klagen binnen der vorgeschriebenen Zeit anstellen; 2) darf ich die Servituten, die ich auf eines andern Sache habe, nicht zu lang vernachlässigen, sonst gehen sie durch den Nichtgebrauch verlohren; 3) darf ich einem andern nicht zu lange ein dingliches Recht, Eigenthum, Servitut, Pfandrecht ꝛc. auf meiner Sache ausüben lassen; dann er kann es sich durch den Zeitverlauf erwerben. Alle andere Handlungen sind actus merae facultatis; z. E. das Bauen auf meinem eigenen Grunde, ein Testament machen, heyrathen, kaufen, verkaufen, meine Wohnung ändern, einen Degen tragen, mich dieses und keines andern Schneiders, Schusters u. s. w. zu bedienen, meine Waare von diesem Kaufmann zu nehmen. Alle diese Handlungen sind keiner Verjährung unterworfen; das heist, wann ich sie noch so lange unterlassen habe: so verliehre ich darum das Recht nicht, sie zu thun. Nur alsdann findet die Verjährung, und zwar binnen 10 oder 20 Jahren statt, wann ich einen actum merae facultatis thun will, der dem andern schädlich ist; er mir ihn als unbefugt wehret, und ich mich dabey beruhige. Z. E. wann ich auf meinem Grund bauen will, der Nachbar sich aber widersetzt, weil ihm der Bau das Licht benimmt, und ich nun lange Zeit still sitze, so ist mein Recht zu bauen verlohren.

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 161. *Wernher* Part. 1. obs. 8. part. 9. obs. 41. Hommel rhapsod. obs. 33. *Leyser* spec. 462. med. 7.

§. 396. Was ist bona fides?

Das zweyte Erforderniß jeder adquisitiven Verjährung ist der gute Glaube, *bona fides.* Wann ich nemlich a) eine Sache als die meinige besitze; b) nicht weiß, daß sie einem andern gehört; und c) diese Unwissenheit Entschuldignng verdient: so bin ich in bona fide. Also ich muß die Sache als die meinige, oder wie die Juristen reden, civiliter besitzen. Wer blos naturaliter besitzt, z. E. einer, der die Sache geliehen hat, (commodatarius) oder dem sie in Verwahrung gegeben ist, (depositarius) ist weder in bo-

ra

na noch in mala fide (* 1). Ich muß ferner nicht wissen, daß die Sache einem andern gehört, und diese Unwissenheit muß Entschuldigung verdienen. Dergleichen ist a) die Unwissenheit eines facti, die sich nur nicht auf eine grosse Nachlässigkeit, (culpam latam aut leuem) gründet. Z. E. wann ich eine Sache kaufe, und nicht weiß, daß sie dem Verkäufer blos geliehen war. b) Die Unwissenheit eines Gesetzes, das nicht allgemein bekannt oder das ungewiß ist; z. E. wann ich eine Sache kaufe, die einem Minderjährigen gehört, die aber ohne Nothwendigkeit, blos weil es nützlich ist, verkauft wird. (§. 204) (* 2). Nach dem römischen Recht ist es genug, wann ich im Anfange, da ich die Sache in Besitz bekomme, in bona fide bin. Wann ich eine Sache kaufe: so muß ich zur Zeit des geschlossenen Contractes, und zur Zeit der Tradition in bona fide seyn; bey andern Contracten aber ist nur nöthig, daß ich es zur Zeit der Tradition bin (* 3). Die Ursache dieser Verschiedenheit weiß ich nicht. Ludeking (* 4) giebt einige an, die aber nicht befriedigen. Nach dem canonischen Rechte muß man die ganze Verjährungszeit durch in bona fide seyn, und dieß ist in der Praxis angenommen (* 5). Uebrigens wird die bona fides vermuthet, und wer behauptet, daß ich in mala fide sey, muß es beweisen (* 6).

Die **Anmerkung** sagt: in dem Falle, wann ich von einer fremden Sache fructus ziehen will: so muß ich auch nach römischem Recht in beständiger bona fide seyn; dann die bona fides ist der Grund von der Erwerbung der Früchte. Da ich nun alle Jahre Früchte ziehen will: so muß ich auch alle Jahre in bona fide seyn.

(1) Voet ad tit. pro herede n. 1.
(2) *Leyser* spec. 455. med. 4. *Meister* diss. cit. cap. 3. §. 8. in opusc. p. 67. Strube rechtl. Bed. 4. Theil, 254 Seite.
(3) *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de usucap. §. 12. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. Quaest. 7.
(4) *Ludeking* Tract. de praescript. pag. 127. M. s. auch *Meister* diss. cit. in opusc. pag. 71. sqq.
(5) *Leyser* sp. 455. med. 12. 13. *Cramer* obs. Tom. 2. pag. 427. *Raue* de praescript. p 36.
(6) *Ludeking* tr. cit. cap. 5. n. 35. sqq. p. 136. *Gilkenius* in tract. de usucap. et praescript. pag. 300. n. 10. sqq.

§. 397. Von dem ununterbrochenen Besitze.

Die Verjährung erfordert drittens eine ununterbrochene **Possession.** Diese Possession muß aber keine blosse *naturalis*, sondern *ciuilis* possessio seyn; das heist, ich muß die Sache, die ich verjähren will, in meinem eignen Namen, und in der Absicht besitzen, sie als die meinige zu behalten. Wann ich eine Sache nur geliehen oder gemiethet habe; wann sie bey mir de-

ponirt, mir verpfändet ist: und ich sie auch 30 Jahre auf diese Art besitze: so wird sie darum nicht mein, weil ich kein possessor ciuilis bin; der animus rem ut propriam habendi bey mir nicht statt findet. Das ist nicht nöthig, daß ich allein während der ganzen Verjährungszeit die Sache besitze; sondern ich kann den Besitz eines andern continuiren. Z. E. man stelle sich vor, eine Sache soll in zehen Jahren verjährt werden; A hat sie fünf Jahre besessen; darauf an B verkauft; dieser hat sie drey Jahre in Besitz gehabt; alsdann an C verkauft, und dieser endlich ist noch zwey Jahre im Besitz gewesen. In diesem Fall ist die Sache präscribirt, denn die fünf Besitzjahre des A, die drey des B, und die zwey des C machen die ganze Präscriptionszeit aus. Dieß drückt man kurz also aus: *successor continuat possessionem auctoris sui*; oder auch: tempora inter auctorem et successorem coniunguntur (* 1). Indessen ist ein Unterschied zwischen einem allgemeinen Successor oder Erben, und einem *successore singulari*, der nur eine einzelne Sache von einem andern bekommt. Wer z. E. mein Haus kauft, ist mein successor singularis. Ein successor universalis succedirt auf doppelte Art, a) *in possessione*, und b) *in fide*; das heist, er bekommt nicht nur den Besitz des antecessoris; sondern wird auch als *bonae fidei* possessor angesehen, wann der antecessor in bona fide war; als *malae fidei* possessor, wann der antecessor es gewesen ist. Die Ursache liegt in der Regel heres et defunctus habentur pro una persona. Daraus entstehen dann folgende Distinctionen. Wann die Frage ist, in wie weit der Successor die Präscription fortsetzen oder anfangen könne: so ist entweder A) von einem universal Successor die Rede, oder B) von einem besondern. Im ersten Fall war a) der antecessor entweder in bona fide, oder b) in mala. Ist jenes a) so kann der successor die angefangene Verjährung vollenden, und zwar ist es nach dem römischen Recht nicht nöthig, daß er selbst in bona fide sey. Dann dieses Recht erfordert, wie wir aus dem vorhergehenden §. wissen, nur im Anfang bonam fidem. Im Fall b) aber kann der successor gar nicht verjähren, wann er gleich selbst in bona fide wäre; dann er succedirt in die malam fidem seines Erblassers, oder wie unser Autor sagt: heres succedit in vitia defuncti. Wir wollen zu dem Falle B) gehen, wann die Rede vom successore singulari ist. Hier distinguire man weiter: entweder war a) der *antecessor in bona fide*, oder b) *in mala*. Im ersten Falle a) kann der successor die Verjährung fortsetzen, wann er in bona fide ist. Ist er aber in mala fide, so kann er sie weder fortsetzen, noch eine neue anfangen (* 1). Im zweyten Fall b) sehe man zu, ob aa) der successor auch in mala fide ist, oder bb) nicht. Ist er aa) selbst in mala fide: so kann er keine Präscription fortsetzen, und selbst keine anfangen. Keine fortsetzen, dann der antecessor hat keine angefangen; keine anfangen, dann er selbst

ist in mala fide. Ist hingegen bb) der successor in bona fide, so kann er eine Verjährung anfangen, doch muß er zuweilen, wie wir §. 403. IV. hören werden, dreyßig Jahre lang besitzen. Man sehe die zu diesem §. gehörige 25ste Tabelle.

(1) *Os. Aurel.* de variantibus *Cuiac.* dispunct. 46. in thesaur. *Otton.* Tom. 3. p. 799.

(2) *Cocceii* iur. controv. tit. de usucap. Quaest. 22.

§. 398. Von der Unterbrechung der Verjährung.

Der Besitz des verjährenwollenden muß ruhig seyn. Die Unterbrechung einer angefangenen Verjährung heist vsurpatio. Sie kann geschehen a) durch die Unterbrechung des Besitzes; b) durch ein Gesetz c) durch Anstellung einer Klage; auch d) in einigen Fällen durch eine aussergerichtliche Protestation. Wann sie a) durch Unterbrechung des Besitzes geschiehet: so heist sie *usurpatio naturalis.* Z. E. jemand will meine Taschenuhr verjähren, sie wird ihm aber gestohlen oder geraubt, ehe die Verjährungszeit vollendet ist (*1). Nun ist seine Verjährung dergestalt unterbrochen, daß wann er auch wieder in den Besitz kommt, er doch ganz von neuem zu verjähren anfangen muß. b) Durch ein Gesetz wird die Verjährung unterbrochen, wann während der Verjährungszeit ein Gesetz gegeben wird, das die Verjährung dieser Sache verbietet (*2). Die usurpatio geschiehet aber auch c) durch einen Proceß, und zwar nach dem alten römischen Recht durch die litis Contestation, eine gerichtliche Handlung, welche im Titel de officio iudicis erklärt werden soll. Nach den neuern Gesetzen aber wird schon durch die Citation die Verjährung unterbrochen. Wann es also morgen drey Jahre wird, daß ich eine bewegliche Sache durch rechtmässigen Titel, aber von einem non domino an mich brachte, und nun der wahre Eigenthümer kommt, eine Vindicationsklage anstellt, mich citiren läßt; die Citation mir heute insinuirt wird: so ist die Verjährung unterbrochen. Ja wann sich der Kläger alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten: so ist auch das schon genug (*3). Was ist aber die Wirkung dieser Unterbrechung? Man mache einen Unterschied: entweder wird der Proceß entschieden, oder er bleibt liegen. Im letzten Fall kann ihn der Kläger binnen 40 Jahren wieder fortsetzen, und diese 40 Jahre fangen an zu laufen, vom letzten gerichtlichen Actus, der in dem Processe geschehen ist. Wird aber der Proceß entschieden: so fällt er entweder für den Kläger aus, oder für den Beklagten. Wann der Kläger gewinnt: so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, daß während des Processes die Verjährungszeit zu Ende gegangen sey. Gewinnt aber der Beklagte: so ist es eben so gut, als ob der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Präscription ist nicht dadurch unterbrochen.

terbrochen. Z. E. ich habe im Jahr 1760. ein Gut gekauft, im Jahr 1765. macht A Anspruch daran; der Proceß wird im Jahr 1769. entschieden, und A mit seiner Klage abgewiesen. Im Jahr 1771. kommt B, und will das Gut vindiciren, ich setze ihm die Exception der Verjährung entgegen. Er replicirt: die Verjährung sey durch den vom A angestellten Proceß unterbrochen worden, also noch nicht vollendet. Allein diese Replik ist ohne Grund. Da ich von der Klage, die A anstellte, losgesprochen worden bin: so konnte dieser ungerechte Proceß meine angefangene Verjährung nicht interrumpiren (* 4). Endlich d) wird die Verjährung auch zuweilen durch eine aussergerichtliche Protestation unterbrochen; in dem Falle z. E. wann ich dem Besitzer solche Gründe vorlege, die ihn in malam fidem bringen. Mehrere Fälle hat Struv (* 5).

In der Anmerkung stehet noch, der Landesherr hat das besondere Vorrecht, daß, wann er etwas als eine rem fiscalem oder dominicam verkauft, die Käufer sogleich Eigenthümer werden, und der vorige Eigenthümer binnen vier Jahren gegen den Fiskus klagen muß. Man stelle sich den Fall vor, daß der Fiskus das Vermögen eines Delinquenten confiscirt, daß darunter eine Uhr ist, die dem Delinquenten nicht gehört hat, daß der Fiskus das Vermögen verauctionirt, und ich die Uhr kaufe. Sobald ich sie bezahlt und übergeben bekommen habe, ist sie mein, und der vorige Eigenthümer muß sich an den Fiskus halten. Res fiscales et dominicae waren übrigens bey den Römern darin verschieden: die res fiscales hatte der Kayser; als Kayser; der Staat hatte sie ihm als seinem Oberhaupte gegeben: die res dominicas oder patrimoniales hatte er wie eine Privatperson acquirirt.

(1) *Ludeking* tract. de usucap. cap. 10. §. 8. giebt mehrere Exempel.
(2) *Berger* oec. iur. lib. 2. Tit. 2. th. 26. not. 12. Struben rechtl. Bed. 5. Theil, 280. Seite.
(3) *Wernher* part. 9. obs. 229.
(4) *Wernher* part. 1. obs. 30.
(5) Ex. 43. th. 28.

§. 399. Von der Verjährungszeit.

Endlich das vierte Erforderniß einer jeden Präscription ist der Verlauf einer gewissen Zeit, der Verlauf von 3. 10. 20. 30. 40. oder 100. Jahren. Die Verjährung, welche binnen 3. 10. und 20. Jahren vollendet wird, heist *praescriptio longi temporis*. Also longum tempus heist in dieser Materie eine Zeit von 3. 10. oder 20. Jahren; longissimum tempus ein Raum von 30. 40. oder 100. Jahren. In welchem Fall aber ist longum tempus hinreichend, in welchem ist longissimum erforderlich?

§. 400. Fortsetzung.

Wann ich eine Sache 1) mit rechtmässigem Titel besitze; und 2) die Sache selbst zur Verjährung der langen Zeit fähig ist: so wird sie in 3. 10. oder 20. Jahren mein; a) in drey Jahren, wann es eine bewegliche Sache ist; b) in zehen Jahren, wann sie unbeweglich, und der wahre Eigenthümer gegenwärtig ist; endlich c) in zwanzig Jahren, wann die Sache unbeweglich, der wahre Eigenthümer aber abwesend ist. Also bey beweglichen Sachen kommt nichts auf die Gegenwart und Abwesenheit des Eigenthümers an. Diese Sachen werden ohne Unterschied binnen drey Jahren verjährt. Hingegen bey unbeweglichen Sachen muß man zusehen, ob der wahre Eigenthümer gegenwärtig ist, oder nicht. Was heist aber gegenwärtig? Nach römischen Gesetzen heisse ich in dieser Materie gegenwärtig, wann ich in derselben Provinz wohne, worinn der wohnt, welcher meine Sache verjähren will. Aber da wir die Einrichtung mit Provinzen nicht haben, wie die Römer: so kann man heutigestags nur den für gegenwärtig halten, welcher mit dem Präscribenten einerley Richter in erster Instanz hat (*1). Z. E. wann zwey Dörfer in einem Amte liegen: so sind die Einwohner derselben in Rücksicht der Verjährung einander gegenwärtig. Stehen zwey Personen in erster Instanz unter derselben Regierungscanzley: so sind sie einander gegenwärtig, ob sie gleich in verschiedenen Städten wohnen.

Wie aber, wenn der, gegen welchen ich verjähren will, eine Zeitlang gegenwärtig und eine andere Zeitlang abwesend ist? Z. E. ich bekomme im Jahr 1760. eine Sache in meinen Besitz, und will sie verjähren; der wahre Eigenthümer ist von 1760. bis 1770. abwesend; von 1770. bis 1776. aber gegenwärtig; im Jahr 1776. stellt er die Vindicationsklage gegen mich an; ich setze ihm die Einrede der Verjährung entgegen; ist die Verjährungszeit vollendet? Wenn man bedenkt, daß ich in zehen Jahren gegen einen gegenwärtigen, erst in zwanzig Jahren aber gegen einen abwesenden verjähren kann: so wird sich daraus der Schluß von selbst geben, daß Ein Jahr der Gegenwart so viel gilt als zwey Jahre der Abwesenheit. Man kann also in Fällen, wo der Eigenthümer einige Jahre gegenwärtig und einige abwesend war, die Jahre der Gegenwart verdoppeln, und das doppelte nun als Jahre der Abwesenheit betrachten. Umgekehrt kann man auch die Jahre der Abwesenheit halbiren, und alsdann diese Hälfte für Jahre der Gegenwart ansehen. In dem gegebenen Exempel war

vom Jahr 1760. bis 1770. } der Eigenthümer abwesend,
von da bis 1776. } gegenwärtig.

Hier also sind : : 10 Jahre der Abwesenheit.
: : 6 Jahre der Gegenwart.

Man verdopple die letztern, setze anstatt der 6 Gegenwartsjahre, 12 Jahre der Abwesenheit. Nun hat man:

10 Jahre der wirklichen Abwesenheit.
12 Jahre der Abwesenheit, welche durch das verdoppeln der Gegenwartsjahre entstanden sind.

Summe 22 Jahre der Abwesenheit.

Demnach wäre die Zeit der Verjährung vollendet. Oder man lasse die 6 Jahre der Gegenwart stehen, halbire aber die 10 Jahre der Abwesenheit, und addire die Hälfte zu jenen 6 Jahren, also setze

6 Jahre der wirklichen Gegenwart.
5 Jahre der Gegenwart, welche durch das halbiren der Abwesenheitsjahre entstanden sind.

Summe: 11 Jahre der Gegenwart.

Folglich ist auch nach dieser Rechnung die Präscriptionszeit vollendet (* 2).

(1) *Hahn* ad *Wesenb.* tit. de usucap n. 7. verb. decem annor. *Ludeking* de praescription. pag. 16. n. 69. *Stryck* us. mod. tit. de usucap. §. 7. *Berger* O. I lib. 2. Tit 2. §. 24. not. 2.

(2) Nov. 119. cap 8. *Meister* diss. vindiciae legislationis Iustinianeae de mixto tempore computando, in opusc. n. 8.

§. 401. Vom rechtmässigen Titel.

Die praescriptio longi temporis erfordert einen rechtmässigen Titel, das heist einen Titel, welcher verbunden mit der Tradition, mich sogleich zum Eigenthümer gemacht hätte, wann nur mein auctor befugt gewesen wäre,

die

die Sache auf mich zu übertragen. Z. E. der Tauschcontract ist ein Titel, edr mich zum Eigenthümer macht, sobald mir die Sache von einem tradirt ist, welcher das Recht zu tradiren hat; er ist also auch in der Verjährung ein rechtmässiger Titel. Folglich ist es nicht genug, 1) daß ich mir einbilde, einen rechtmässigen Titel zu haben; ich muß ihn wirklich haben; wann nicht mein Irrthum Entschuldigung verdient. Ein Irrthum nemlich, welcher aus Unwissenheit der Gesetze entsteht, verdient der Regel nach keine Entschuldigung (*[1]); wohl aber der, welcher sich auf die Unwissenheit eines facti gründet; wofern nur diese Unwissenheit nicht eine grosse Nachlässigkeit (culpam latam aut levem) voraussetzt (*[2]). Man stelle sich vor, daß mir ein Pupill etwas ohne die Einwilligung des Vormundes verkauft, und ich glaube, daß er dazu befugt sey. Hier ist ein error iuris, der keine Entschuldigung verdient, vorhanden; ich habe also keinen gerechten Titel. Hingegen wann z. E. mein Sklave, mein Sohn, mein Vormund mir eine Sache bringt, und vorgiebt, daß er sie gekauft habe, da er sie doch gefunden hat; ich hinreichenden Grund hatte, dieses Vorgeben zu glauben: so bin ich in errore facti, und zwar einem solchen, der Entschuldigung verdient 2) **Ein fingirter Contract** giebt keinen gerechten Titel. Z. E. weil Ehegatten einander nichts schenken dürfen, so simuliren sie einen Kaufcontract; die Frau verkauft dem Mann das Haus zum Schein, das sie ihm wirklich schenkt. Dieser Scheinkauf giebt ihm keinen gerechten Titel. Auch 3) **ein wiederruflicher Handel** ist nicht hinreichend. Dergleichen ist donatio mortis causa. Wann ich einem etwas schenke; aber so, daß die Schenkung erst nach meinem Tode gelten soll: so heist sie donatio mortis causa. Eine solche Schenkung kann ich widerrufen, so lang ich lebe. Gesetzt aber, ich tradire die geschenkte Sache dem donatario, und er behält sie lange Zeit im Besitz: hat er sie in diesem Falle verjährt? Nein, dann der Titel ist widerruflich. Wer übrigens eine Sache ohne rechtmässigen Titel besitzt, ist darum nicht ganz ausser Stande zu verjähren; wofern er anders ciuiliter besitzt. (§. 397.) Er kann nur nicht usucapiren, oder **in langer Zeit verjähren**; sondern muß 30 Jahre lang besitzen L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30 vel 40 annor.

(1) Die Ausnahmen hat *Meister* progr. cit. §. 19.
(2) *Meister* progr. cit. §. 22.

§. 402. Fähigkeit der Sache zur Usucapion.

Die praescriptio longi temporis erfordert aber auch die **Fähigkeit der Sache**. Manche Sachen nemlich können zwar überhaupt verjährt werden, aber doch nicht **in langer Zeit**. Man muß sie 30. 40. oder 100. Jahre lang besitzen, ehe man sie verjähren kann. Diese Sachen werden in den drey folgenden Paragraphen erzählt.

§. 403. Von der dreyßigjährigen Präscription.

Nemlich dreyßig Jahre sind erforderlich zur Verjährung, 1) wann die Sache, die ich verjähren will, *res vitiosa*, das heist gestohlen oder geraubt ist. Der Dieb und Räuber selbst kann dergleichen Sachen nie präscribiren, und wann sie ein dritter auch durch den gerechtesten Titel erlangt, und optima fide besitzt: so kann er sie doch nicht eher, als in dreyßig Jahren präscribiren. Schon in den Gesetzen der 12 Tafeln, und nachher in der lege Atinia war verordnet, daß res furtivae nicht sollten usucapirt werden können (*1). Uebrigens bemerke man noch, eine gestohlne oder geraubte Sache bleibt so lange res vitiosa, bis sie wieder an ihren vorigen Eigenthümer zurückkommt. Sobald das geschiehet: so ist das *vitium* purgirt, wie die Juristen sagen. Nun kann die Sache wieder in der gewöhnlichen Zeit verjährt werden.

2) Sachen eines Minderjährigen. Nemlich wann ich dergleichen Sachen verjähren will: so kann es auf doppelte Art geschehen: a) wann ich die Zeit der Minorennität abrechne: so kann ich in langer Zeit präscribiren. Z. E. ich habe die bewegliche Sache eines Minderjährigen im Jahr 1770. gekauft; er wird majorenn im Jahr 1772. Von diesem Jahr an lauft ihm die praescriptio longi temporis; nach drey Jahren also habe ich die Sache usucapirt. Man kann aber auch b) dergleichen Sachen in dreyßig Jahren präscribiren, und in diesem Falle braucht man die Zeit der Minderjährigkeit nicht abzurechnen. (*2) Z. E. ich kaufe das Landgut eines abwesenden Minorennen im Jahr 1740, er wird majorenn im Jahr 1751. In diesem Falle ist meine dreyßigjährige Präscription im Jahr 1770. geendigt; dann die Zeit vom Jahr 1740. bis 1751. wird nicht abgezogen. Von den Sachen der Pupillen ist oben gesprochen worden. (§. 395.)

3) Die *res adventitiae filiorum familias*. Wann nemlich Kinder in väterlicher Gewalt sind, und eigenes Vermögen besitzen, das nicht im Militärstande, auch nicht durch die Wissenschaften erworben ist: so heist es peculium adventitium. (§. 430.) Dieses darf der Vater nicht veräussern; thut er es aber dennoch: so lauft a) die Verjährung den Kindern nicht, so lang sie in der väterlichen Gewalt sind (*3); wird aber b) diese geendiget: so fängt die dreyßigjährige Präscription zu laufen an.

4) Die Sachen, welche ein malae fidei possessor alienirt. Er selbst kann nie die Sache durch Verjährung erlangen; wann er sie aber alienirt, und der jetzige Besitzer in bona fide ist: so kann sie dieser doch nicht eher als in 30 Jahren präscribiren. Dann die Alienation einer fremden Sache, welche der Besitzer wissentlich vornimmt, ist eine Art von Diebstahl, und macht also die Sache zu einer re vitiosa. (*4) Doch bemerke man die Einschränkung: wann der wahre Eigenthümer nicht weiß, daß ihm die Sache gehöre,

und

und an mich veräussert worden sey; dann weiß er dieß, und sitzt doch stille: so kann der Besitzer in langer Zeit verjähren (* 5).

5) Sachen, deren Veräusserung durch ein Gesetz oder Testament verboten ist; Z. E. wann der Ehemann eine ihm von der Frau als Heyrathsgut zugebrachte unbewegliche Sache (fundum dotalem) widerrechtlicher Weise verkauft; (§. 418.) oder wann ein Gut im Testament mit einem Familienfideicommiß belegt ist; das heist, der Erblasser hat verordnet, daß es nicht veräussert werde, sondern beständig bey seiner Familie bleiben soll; und einer von der Familie es gleichwohl veräussert. In beyden Fällen kann der Besitzer die Sache erst binnen 30 Jahren präscribiren.

(1) *Adr. Pulvaei* tr. de lege Atinia, in *Otton.* Thes. Tom. 4. und in *Conradi* triga libellor. de usucap.

(2) L. 5. C. in quib. causis in integr. restit. *I. H. Boehmer* diss. de cursu praescript. contra minores suspenso §. 7. sqq. in Exerc. ad P. Vol. 5. p. 384. sqq. *Leyser* spec 463. med. 1. 2.

(3) In diesem und in andern Fällen, wo eine gewisse Zeit in der Berechnung der Verjährungszeit nicht angesetzt werden kann, wo die Verjährung eine Zeit lang nicht fortlauft, sondern still steht, sagt man die Verjährung schlafe. So schläft also die Verjährung a) solang der Eigenthümer unmündig ist, b) in Kriegszeiten, c) wenn alle Gerichte geschlossen sind, (tempore iustitii); d) solang die Kinder, deren adventitia vom Vater veräussert werden, in der väterlichen Gewalt sind. Endlich schläft auch e) die praescriptio *longi temporis* solang als der Eigenthümer minderjährig ist. *Rave* de praescriptione §. 30. sqq. Cramer Wetzlar. Nebenst. 15. Th. 11. Abh.

(4) *Leyser* sp. 455. Cor. 2.

(5) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 25. S.

§. 404. Von der vierzigjährigen.

Nicht eher als in 40 Jahren werden verjährt 1) *res fiscales* und *patrimoniales principis*. Wie diese beyde Arten von Sachen verschieden sind, habe ich im 398. §. gesagt. Heutigestags wollen verschiedene Juristen bey Sachen des Fiskus keine andere, als Immemorialverjährung zulassen; aber ohne Grund. (* 1) 2) Die unbewegliche Sachen der Kirchen. Nach dem römischen Recht können diese Sachen nicht anders, als in 100 Jahren präscribirt werden, wie die L. 23. C. de SS. eccles. und Nov. 9. zeigen; aber nach dem canonischen Recht C. 13. 14. et 17. X. de praescript. C. 2. de praescript. in 6. und der Praxis (* 2) reichen 40 Jahre hin. 3) Die Sachen der Städte. Sieht man auf die Gesetze: so werden diese Sachen in langer Zeit verjährt, und die Städte haben kein Privilegium, einige Fälle ausgenommen. (* 3) Indessen ist in der Praxis der Satz angenommen, daß res civitatis erst binnen 40 Jahren verjährt werden können. (* 4)

(1) *Hert.* decis. 519. n. 1. 2. *Horn.* class. 2. Resp. 9. n. 18. 19. pag. 106. *Leyser* sp. 458. M. 1. sqq. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 16. Seite.
(2) *Leyser* sp. 459. med. 3.
(3) *Groening* diss. de praescriptione contra civitates (Giss. 1775.) §. 5.
(4) *Cramer* obs. Tom. 4. p. 354.

§. 405. Von der hundertjährigen.

Die hundertjährige Präscription endlich hat statt bey den Sachen, welche der römischen Kirche, das heist, dem Pabste als Bischoffe zu Rom gehören. In der angeführten auth. heist es: sola romana ecclesia gaudente C. annorum spatio vel privilegio. Ob nun gleich diese Worte der Nov. 131. Cap. 6. woraus die authentica genommen ist, nicht gemäß sind: so ist doch der Satz selbst durch das canonische Recht (C. 14. X. de praescriptione) bestätiget, und in der Praxis angenommen (* I).

(1) *Groening* l. c. §. 7. p. 28. 29.

§. 406. Von der unvordenklichen Verjährung.

Eine Aehnlichkeit mit der Verjährung hat die sogenannte unvordenkliche Verjährung, *praescriptio immemorialis.* Wann ich nemlich so lange im Besitz einer Sache oder eines Rechtes gewesen bin, als alte Leute sich erinnern können: so sagt man, ich sey von unvordenklicher Zeit her im Besitz. Aus diesem Besitz entstehet eine Vermuthung, daß ich oder meine Vorfahren diese Sache oder dieses Recht vormals rechtmäßig an sich gebracht haben, und wann ich mich auf diese Vermuthung berufe: so sagt man: ich gründe mich auf die unvordenkliche Verjährung. Z. E. alte Leute in einem Orte sagen aus, daß, so lange sie sich zurück erinnern könnten, ich und meine Vorfahren in dem nahgelegenen Walde gejagt hätten. Ich bin also im unvordenklichen Besitze der Jagdgerechtigkeit, und wann man mir dieselbe streitig machen will, so kann ich mich mit der Immemorialpräscription schützen.

Man sieht leicht, wie diese Präscription von der eigentlichen Verjährung verschieden ist. a) Die eigentliche Verjährung ist eine Erwerbungsart, modus adquirendi); diese aber eine Art zu beweisen, (modus probandi praesumtivus.) (* I) b) Wann ich eine wahre Präs ription für mich habe: so ist das Recht des vorigen Eigenthümers verlohren; wann ich hingegen seit undenklichen Jahren im Besitz bin, und mein Gegentheil beweist vitiosum initium; das heist, er zeigt, daß ich oder meine Vorfahren die Sache nicht auf rechtmässige Art erworben haben: so hilft mich mein unvordenklicher Besitz nichts. c) Wo eine wahre Präscription eintritt, da ist gewiß, daß mein Gegentheil ein Recht gehabt, und es nicht auf mich übergetragen, sondern durch die Verjährung verlohren habe. Wann aber eine Immemorialpräscription erwiesen ist:

ist; so wird vermuthet und angenommen, daß der Gegentheil sein Recht auf mich gesetzlich transferirt habe. d) Auch in solchen Fällen, wo die eigentliche Verjährung ganz aufgehoben und verboten ist, findet doch praescriptio immemorialis statt. Nemlich in allen Fällen, wo eine rechtmäßige Acquisition nur auf irgend eine Weise möglich ist, kann man sich auf den unvordenklichen Besitz berufen, und aus ihm den wahrscheinlichen Schluß ziehen, daß man die Sache oder das Recht legitim erworben habe.

Ich habe gesagt, ein unvordenklicher Besitz sey vorhanden, wann alte Leute sich nicht erinnerten, es anders gesehen zu haben. Was sind aber alte Leute? Gemeiniglich sagt man, einer müsse 54 Jahre haben, wann er in dieser Materie für alt passiren wolle. (* 2) Allein die Gesetze enthalten diese Bestimmung nicht, sie erfordern nur *testes senes*, und die Gründe, womit man diese Meynung unterstützen will, sind sehr nichtig. (* 3) Nach dem Redegebrauch fängt das Alter im fünfzigsten Jahre an. Daher sagen andere richtiger, ein Zeuge, der durch seine Aussage eine Immemorialverjährung begründen soll, muß wenigstens 50 Jahre alt seyn (* 4).

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 50. p. 52.
(2) *Kress.* de natura ac indole vetustat. cap. 4. §. 5. p. 113. *Ockel* de praescript. immemor. cap. 12. th. 2. p. 340.
(3) *Rave* p. 424.
(4) *Pufendorf* Tom. I. obs. 151. §. 4.

§. 407. Von der actione rescissoria.

Die Verjährung ist ein Erwerbungsmittel. Wann ich also eine Sache verjährt habe, so bin ich Eigenthümer, und das Recht des vorigen Eigenthumsherrn ist erloschen. Will er die Sache von mir vindiciren: so setze ich ihm exceptionem praescriptionis entgegen. Indessen giebt es Fälle, wo der Prätor eine wirklich vollendete Verjährung aufhebt, und dem Eigenthümer, dessen Sache ich verjährt habe, eine Klage gegen mich verstattet, vermöge welcher ich die Sache herausgeben muß. Diese Klage heist *actio rescissoria*, und hat in zwey Fällen statt, 1) wann ich aus gerechten Ursachen von meinem Wohnorte abwesend bin; z. E. in öffentlichen Geschäften oder Studirenswegen auf der Academie, und ein anderer während dieser Abwesenheit etwas von meinen Sachen verjährt. Dann der Prätor hielt es für unbillig, daß mir meine gerechte Abwesenheit nachtheilig seyn sollte. 2) Wann ein anderer von seinem und meinem gemeinschaftlichen Wohnorte abwesend ist; etwas von meinen Sachen bey sich hat und verjährt. Auch hier rescindirt der Prätor die Verjährung, weil ich durch des andern Abwesenheit ausser Stand gesetzt wurde, meine Rechte zu verfolgen, also keiner Nachläßigkeit schuldig bin. Ob aber in diesem zweyten Falle nicht nach den neuern römischen Gesetzen ein anderes

deres Rechtens sey, ist strittig. Nemlich L. 2. Cod. de annal. exc. sagt, wann ein Abwesender etwas von meinen Sachen verjähren will: so kann ich bey der Obrigkeit, oder bey dem Bischoff, oder auch in einem öffentlichen Anschlage eine Protestation einlegen, und dadurch den Lauf der Verjährung hindern. Daraus machen verschiedene Juristen (* 1) den Schluß, wer diese Protestation unterläßt, ist selbst Schuld daran, daß seine Sache verjährt wird, und kann sich also auf den Beystand des Prätors keine Rechnung machen. Aber andere glauben mit Recht, daß durch die L. 2. Cod. cit. die prätorische Rechtswohlthat nicht aufgehoben sey; dann es kann ja seyn, daß der Eigenthümer von seinem Recht nichts wußte; und diese Meynung ist auch in der Praxis angenommen (* 2)

Die Note vergleicht die actionem rescissoriam mit der Publiciana. Wir haben nemlich oben gehört, (§. 345.) daß der Prätor zuweilen fingirt, jemand habe das Eigenthumsrecht **erworben**, der doch dieses nicht vollkommen beweisen kann, und daß die aus einem solchen fingirten Eigenthum entstehende Klage von ihrem Erfinder dem Prätor **Publicius** actio Publiciana heisse. Hier fingirt derselbe Prätor, daß einer das Eigenthum **noch habe**, der es doch durch Verjährung **verlohren hat**. Die actio rescissoria und Publiciana haben also einerley Urheber, und die rescissoria wird daher in dem angeführten Gesetz auch Publiciana genennt.

(1) Z. E. *Boehmer* introd. in ius digest. tit. quib. ex caus. maior. §. 2.
(2) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. quib. ex caus. maior. §. 12. *Huber* praelect. ad pand. eod. tit. §. 2. *Titius* in iur. privat. lib. 2. cap. 10. §. 14. *Knorr* ad *Ludovici* obs. 166.

TIT. VII.

De donationibus.

§. 408. Was ist die Schenkung?

Wann ich einem erkläre, daß er eine Sache eigenthümlich und umsonst (gratis) von mir erhalten soll, so habe ich ihm eine **Schenkung** gemacht. **Umsonst** oder **unentgeldlich** etwas erhalten, heist, es so erhalten, daß der Geber kein vollkommenes Recht, kein Zwangsrecht hat, wieder etwas dagegen zu verlangen. Die Schenkung kann aber auf zweyerley Art geschehen,

1) so

1) so daß ich die Sache sogleich übergebe; 2) daß ich nur verspreche, der andere solle die Sache bekommen. Im ersten Fall ist die Schenkung ein modus adquirendi; dann der andere wird sogleich Eigenthümer; im letzten aber ist sie nur ein titulus; dann der donatarius bekommt nur ein ius ad rem; es wird ihm nur möglich gemacht, die Sache zu erwerben. In diesem letzten Falle also ist die Schenkung ein Vertrag, daß ich meine Sache dem andern umsonst überlassen will; und geschiehet entweder Todes wegen, oder unter den Lebendigen.

Die Anmerkung sagt: Justinian rechnet zwar im Texte der Institutionen die Schenkung unter die bürgerliche Erwerbungsarten, aber mit Unrecht; dann das Naturrecht kennt sie schon; sie ist also ein modus adquirendi *naturalis*. Man führt zur Vertheidigung Justinians an, die Schenkung sey nach dem alten römischen Rechte durch eine Stipulation geschehen, und diese sey eine Erfindung der bürgerlichen Gesetze. Andere sagen, die Schenkung von Todes wegen erfordere fünf Zeugen, und davon wisse das Naturrecht nichts. Noch andere führen an, die donatio propter nuptias sey im Naturrecht nicht bekannt. Contius glaubt, die Schenkung sey nach dem Naturrecht ohne Tradition nicht gültig. Da aber nach Justinianeischem Recht das blose Versprechen schon eine Klage wirke: so sey die Schenkung ein modus adquirendi ciuilis. (* 1) Allein alle diese Gründe sind, wie man leicht sieht, nicht hinlänglich, die Verfasser der Institutionen gegen den Vorwurf eines Irrthums zu rechtfertigen.

(1) Lib. 1. disput. cap. 13. opp. pag. 186. sqq.

§. 409. Unterschied der donationis mortis causa und inter vivos.

Die donatio mortis causa ist eine Schenkung, deren Vollkommenheit vom Tode des Schenkenden abhängt, das heist die nicht eher unwiderruflich ist, als bis der Schenkende stirbt. Z. E. ich schenke dir auf den Fall, daß ich sterbe, mein Haus; so lange ich lebe, sollst du kein unwiderrufliches Recht auf das Haus haben; erst alsdann wann ich todt bin, soll die Schenkung fest und unverbrüchlich seyn. Donatio inter vivos aber heist eine jede, deren Vollkommenheit nicht von dem Tode des Schenkenden abhängt.

In der Note werden diese Definitionen noch weiter aufgeklärt. 1) Wo eine Schenkung von Todes wegen vorhanden seyn soll, da muß die Vollkommenheit der Schenkung vom Todesfalle abhängen. Wann die Schenkung sogleich gültig und unwiderruflich ist; und nur die Consummation, das heist, die Uebergabe, der Besitz, der Genuß der geschenkten Sache, bis auf das Absterben des Schenkenden verschoben wird: so ist es eine donatio inter vivos. Z. E. ich schenke dir mein Haus; die Schenkung soll unverbrüchlich seyn, und

du sollst ein irrevocables Recht auf das Haus haben, ich behalte mir aber den Besitz und Niesbrauch vor, so lange ich lebe. (* 1) 2) Bey der Schenkung von Todes wegen hängt die Vollkommenheit des Geschäftes vom Tode des Schenkenden ab. Wann sie auf den Tod eines dritten verschoben wird: so ist es keine donatio mortis causa; z. E. auf den Fall, wann mein Oheim sterben wird, sollst du mein Haus haben. Diese Schenkung ist inter vivos; weil sie sich aber doch auf einen Todesfall bezieht: so heist sie *mortis causa capio*.

Die donatio inter vivos ist entweder *relata* oder *simplex*, s. *absoluta*; die relata entweder *remuneratoria* oder *modalis*. Wann ich einem etwas schenke in Rücksicht einer gewissen Prostation: so heist es donatio relata; schenke ich ohne solche Rücksicht, simplex oder absoluta. Hat mir der andere schon etwas geleistet, das ist, gegeben oder gethan, und ich mache ihm zur Belohnung ein Geschenk, so ist es donatio remuneratoria. Soll aber der andere erst noch etwas leisten, z. E. ich schenke dir 100 Thlr. um dich in die Bürgerschaft einzukaufen: so heist es donatio modalis.

Die Distinction zwischen Schenkungen von Todes wegen, und unter den Lebenden, ist übrigens sehr practisch. Dann 1) die letztere ist ein Vertrag; die erstere ein Mittelding von Vertrag und letztem Willen. Unten im zehenten Titel des zweyten, und vierzehenten Titel des dritten Buchs werden die Begriffe vom letzten Willen und Vertrage vollständig entwickelt werden. Hier bemerke man vorläufig: wann ich erkläre, daß jemand nach meinem Tode etwas von meinem Vermögen bekommen soll; er aber diese Erklärung nicht acceptiren kann: so habe ich einen letzten Willen erklärt. Wann ich hingegen einem etwas verspreche, und er mein Versprechen acceptirt: so ist ein Vertrag vorhanden. Ein solcher Vertrag ist nun die donatio inter vivos. Dann ich erkläre, der andere soll meine Sache unentgeltlich haben, und er acceptirt diese Erklärung. Hingegen die donatio mortis causa hat einiges mit Verträgen, und einiges mit letzten Willen gemein; (fluctuat inter conventionem et ultimam voluntatem.) (S. §. 414.) Richter (* 2) behauptet zwar, sie sey ein blosser reiner letzter Wille. Allein diese Meynung wird durch die L. 35. §. 3. D. de m. c. donat. widerlegt. (* 3) 2) Die donatio inter vivos producirte nach dem alten römischen Recht keine Klage, wann sie nicht durch eine Stipulation geschah, das heist, wann ich einem etwas zu schenken versprach, aber mit blos gemeinen Worten, ohne Formel (sine verbis solennibus): so konnte ich aus dem Versprechen nicht belangt werden. Justinian hat dieses in dem angeführten Gesetz abgeschaft, und verordnet, daß eine Schenkung unter den Lebendigen eine Klage wirken solle, wann sie auch mit gemeinen Worten, ohne Formel erklärt wird. Die Schenkung ist also

nunmehr

nunmehr ein pactum legitimum (* 4) und die daraus entstehende Klage heist condictio ex L. 35. §. ult. Codicis de donationibus.

(1) *Vinn.* ad I. h. t. n. 1. *Stryk* us. mod. Pand. eod. tit. §. 2. *Cramer* obs. iur. univ. Tom. 4. obs. 237. Uebrigens kann man einem mortis causa auch dergestalt schenken, daß er sogleich Eigenthümer werden soll. Nur ist sein Eigenthum revocabel. L. 2. D. de m. c. donat.

(2) *Io. Tob. Richter* diss. de acceptatione in dom. m. c. non necessaria §. 4. seqq.

(3) S. auch *Masii* singular. opin. lib. 6. cap. 6. n. 7. 8.

(4) Kein Contract in eigentlichem Verstande *Rebhan* paralipom. Meierian. fol. 321. *Hunn.* ad *Treutler* Vol. 3. Disp. 20. thes. 1. *Gottfr. Barth* diss. de negatione contractuum unilateral. §. 2. in collect. diss. p. 624. sqq.

§. 410. Regeln von den Schenkungen überhaupt.

Jede Schenkung, sowohl die unter den Lebendigen, als die von Todes wegen, ist ein Vertrag. Sie erfordert also 1) zu ihrer Gültigkeit alles, was zu einem gültigen Vertrage erfordert wird: freye Einwilligung solcher Personen, welche Verstand und Willen haben, über einen Gegenstand, über den sie disponiren können, u. s. w. (§. 733.) u. s. f. Ist die Schenkung erzwungen oder durch Betrug erschlichen, so haben die Exceptionen und Rechtsmittel dagegen statt, welche gegen andere Verträge dieser Art verstattet sind.

2) Alle Sachen, welche ein Gegenstand des Commerzes sind, d. i. über welche man Verträge schliessen kann, können verschenkt werden. Nur haben viele Juristen behauptet, man könne nicht sein ganzes Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges verschenken. (* 1) Allein ihre Gründe halten die Prüfung nicht aus. (* 2) Uebrigens muß ein solcher donatarius universalis alle Schulden des donatoris, welche vor der Schenkung gemacht sind, bezahlen (* 3).

3) Da Vater und Kinder, solange diese in väterlicher Gewalt sind, als Eine Person betrachtet werden, und nicht mit einander paciscren können, so können sie einander auch nichts schenken. Ausnahmen sind a) wann der Vater den Kindern etwas schenkt, was zu einem peculio castrensi oder quasi castrensi wird. L. 4. C. famil. herciſc. (III. 36.) So wie umgekehrt Kinder, welche ein peculium castrense oder quasi castrense haben, davon ihrem Vater schenken können. Arg. L. 3. §. 3. 4. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 52. §. 5. et 6. D. de furt. b) Wann der Vater den Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt; dieß gehet an. L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI. 60.) Aber auch in andern Fällen wird die Schenkung, welche der Vater an die Kinder gemacht hat, gültig, wenn der Vater stirbt, oder das Kind emancipiret, ohne die Schenkung widerrufen zu haben. L. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. (V. 16.) L. 31. §. 2. ff. L. 17. pr. Cod. h. t.

(VIII. 54.) (* 4) daß zwischen emancipirten Kindern und dem Vater; deßgleichen zwischen Kindern und Mutter Schenkungen statt finden, ist ausser Zweifel.

(1) *Bachov* disput. miscellan. cap. 13. p. 137. sqq. *Fachin.* controv. lic. 6. cap. 87. 93. *Ant. Faber* coniect. lib. 10. cap. 20. *Tuldenus* ad Pand. h. t. cap. 10. *Carpzov* lib. 5. resp. 65.

(2) *Rebhan* paralipom. Meier. fol. 323. *Leyser* sp. 433. med. 2. *Cocceii* ius controv. h. t. quaest. 6. *Walch* l. c. p. 291.

(3) *Voet* ad Pand. h. t. §. 20. Strube rechtl. Bed. 1. Th. 178. Bed.

(4) Allein von welcher Zeit an ist die durch den Tod des Vaters bestätigte Schenkung gültig? Gleich vom Anfange, oder erst vom Tode des Vaters an? Ist der Sohn schon bey Lebzeiten des Vaters Eigenthümer, zieht er die Früchte? Die verschiedene Meynungen erzählt und beurtheilt *Masius* singular. opin. lib. 5. cap. 8.

§. 411. Grundsätze von der Schenkung unter Lebendigen.

Die Schenkung unter den Lebendigen ist ein wahrer, reiner Vertrag. Es wird daher 1) die Receptation des donatarii zu ihrer Gültigkeit erfordert. Zu jedem Vertrage gehört Versprechen und Acceptation. Solang die letztere fehlt, ist kein verbindliches Pactum vorhanden, also auch keine Schenkung. Diesen in dem Recht der Natur und der Rechtsanalogie gegründeten Satz bestätigen auch die römische Gesetze. L. 55. D. de obligat. et act. sagt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, *sive donatio*, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest. Und L. 26. C. de donat. (VIII. 54.) schreibt vor, daß wenn man einem Kinde etwas schenken will, ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren solle. Wann daher einige Juristen (* 1) haben behaupten wollen, daß die Schenkung, wenigstens nach neuem Justinianeischen Recht, keine Acceptation erfordere, so ist es eine Paradoxe, die keinen Beyfall verdient. (* 2) 2) Ein jeder gültiger Vertrag ist unwiderruflich, kein Theil kann ohne des andern Einwilligung davon abgehen. Also ist auch eine gültige Schenkung unter den Lebendigen irrevocabel.

(1) *Ant. Faber* de error. pragmat. Decad. 47. error. 1. pag. m. 1054. *Io. Pet.* de *Ludewig* diss. de diff. iur. rom. et germ. in donat. et barbari adversus acceptatione (Hal. 1721. in diss. select. Vol. 3. n. 21.) differ. 2. et 3.

(2) *Schilter* Ex. 43. th. 24. *Gundlingian.* Part. 29. obs. 2. 3. 4. *Leyser* sp. 433. med. 8. *Voorda* interpret. lib. 3. cap. 19. *Walch* controv. p. 292. *Io. Frid. Wernher* diss. de acceptat. in donat. necessaria, Viteb. 1724. *Ge. God. Schwope* diss. de acceptatione, quoad vocis sensum haud barbaro donationis adnexu. Lips. 1778.

§. 412. Fortsetzung.

Weil indessen doch der Schenkende seine Sache umsonst weggiebt, so ist es zuweilen erlaubt, sie ganz oder zum Theil zu widerrufen, umzustossen und zurückzunehmen. Eine Schenkung kann nemlich 1) aufgehoben werden, wann sie *inofficiosa* ist. Gewissen Personen muß ich einen Theil meines Vermögens nothwendig hinterlassen, nemlich meinen Kindern, Eltern, und zuweilen auch den Geschwistern. Dieser Theil heist **Pflichttheil**, (§. 473.) und jede Handlung, wodurch derselbe einem benommen oder geschmälert wird, heist *inofficiosa*: also auch die Schenkung ist inofficiosa, wodurch dem Pflichttheil Eintrag geschieht. Man stelle sich vor, mein Vermögen wäre 12000 Thlr., meiner Kinder wären vier. In diesem Falle ist der Pflichttheil für jedes Kind 1000 Thlr. Wann ich nun soviel verschenke, daß ein Kind nicht einmal 1000 Thlr. erbt, so habe ich inofficiose geschenkt, und die Kinder können die Schenkung revociren. (* 1) Man streitet darüber, ob eine Schenkung nur alsdann inofficiosa sey, wenn sie in der Absicht geschieht, den Pflichttheil zu schmälern; oder ob es genug sey, daß sie diese Wirkung habe; ob *affectus* laedendi legitimam erfordert werde, oder ob *effectus* hinreichend sey? Das letzte ist das richtigste, wie Pufendorf, Walch (* 2) und andere zeigen.

2) Ist die Schenkung unter den Lebenden widerruflich, wenn der donatarius sich **undankbar** bezeigt. (* 3) Wie diese Undankbarkeit beschaffen seyn müsse, wann sie eine Ursache zur Revocation der Schenkung werden soll, ist in der L. fin. C. de revoc. donat. (VIII. 56.) bestimmt. Wann nemlich der donatarius a) schwere Verbalinjurien (iniurias atroces) gegen den Schenker ausstößt, b) wann er ihn thätlich injuriiret, (si impias manus infert); c) ihn vorsetzlich um einen beträchtlichen Theil seines Vermögens bringt, (si iacturae molem ex insidiis suis ingerit, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit); oder d) ihm nach dem Leben steht, (vel vitae periculum aliquod intulit.) Justinian setzt zwar noch hinzu: wann der donatarius die der Schenkung beygefügte Verträge nicht erfülle. Allein in diesem Falle wird die Schenkung nicht der **Undankbarkeit** wegen widerrufen. Ob übrigens eine Schenkung blos wegen der vier angeführten, oder auch wegen anderer gleich wichtigen Ursachen, (z. E. wann der donatarius den verarmten Schenker nicht ernähren will), revocirt werden könne, ist bestritten. Die meiste Juristen behaupten das letzte, (* 4) ob aber mit Grund, daran zweifle ich. Dann das Gesetz sagt; *ex his tantummodo causis.* Nur in dem Falle, wann sich ein factum unter eine der bestimmten Ursachen classificiren läßt, kann man diese Meynung zugeben. Z. E. Wann der donatarius die Tochter des Schenkers

schwängert, den Schenker zum Hahnrey macht, so kann die Schenkung widerrufen werden; dann dieß ist eine Art von Injurien.

Endlich ist auch z) eine gerechte Ursache, die Schenkung zu widerrufen, *supervenientia liberorum.* Wann ich nicht vermuthe, daß ich noch Kinder bekommen würde, und in diesen Umständen einem ein Geschenk mache; nun aber gegen meine Vermuthung noch Kinder erhalte: so bin ich befugt, die Schenkung zu widerrufen. Dann die Kinder sind mir näher als der donatarius, und ich machte das Geschenk unter der stillschweigenden Clausel, wenn die Umstände sich nicht ändern würden, (rebus sic stantibus.) Auch haben wir ein ausdrückliches Gesetz über diese Sache. Nemlich L. 8. C. de revoc. donat. giebt dem Patron das Recht, eine dem Freygelassenen gemachte Schenkung wegen nachkommender Kinder zu revociren. Viele behaupten zwar, daß man diese Verordnung nicht mit Grund auf andere Schenkende ausdehnen könne. (*[5]) Indessen läßt sich doch manches für diese extensive Auslegung anführen, und in der Praxis ist sie unstreitig angenommen (*[6]).

Es giebt Rechtsgelehrten, welche glauben, daß eine Schenkung auch alsdann widerrufen werden könne, wenn der Schenker in der Folge verarmt (*[7]). Aber diese Meynung ist aus den Gesetzen schlechterdings nicht zu erweisen (*[8]).

Die Gesetze geben indessen 4) dem donatori die Wohlthat der Competenz. Wann ich einem so unmäßige Schenkungen gemacht hätte, daß im Fall ich sie erfüllen müßte, ich an den Bettelstab kommen würde: so bin ich befugt, so viel zurückzubehalten, als ich zu meiner Lebsucht brauche. Is qui ex causa donationis convenitur, sagt Paullus in der L. 19. §. 1. D. de reiud. in quantum facere potest, condemnatur.

Die Note bemerkt, daß der berühmte Jurist Andreas Tiraquell, der so fruchtbar war, daß er dreyßig Kinder zeugte, und dreyßig Bücher schrieb, folglich nicht in dem Fall war, eine Schenkung unvermuthet kommender Kinder wegen zu widerrufen, die L. 8. C. mit einem Commentar erläutert hat.

(1) *Pufendorf* Tom. 2. obs. 178. Tom. 3. obs. 23. Strube rechtl. Bed. 5. Theil. 125. Bed.

(2) *Pufendorf.* Tom. 2. obs. 178. pag. 561. *Walch* diss. de praescriptione donationis inofficiosae, §. 5.

(3) Einen hieher gehörigen Fall hat Strube am a. O. 4. Th. 466. S.

(4) *Struv.* Ex. 39. th. 15. ibique *Müller. Schilter* Ex. 43. th. 20 sqq. *Vinn.* ad §. 2. I. h. t. *Walch* controv. pag. 301. Anderer Meynung sind *Strauch* diss. ad ius Iustin. Disp. 8. th. 26. *Cocceji* ius controv. h. t. Qu. 10. Man sehe auch *Dietmar* diss. de donat. inter vivos revocabili et m. c. irrevocab. (Ien. 1759) §. 16.

(5) *Iac. Gothofred.* ad cod. Theodos. lib. 8. tit. 13. leg. 3. Tom. 2. p. 657. sqq. edit. *Ritter. Hub. Giphan.* in lectur. Altorph. p. 244. sqq. *Schelhorn* diss. de inopinata

inopinata donationum ob ſupervenientiam liberorum revocatione (Goett. 1749.) §. 11. ſqq.

(6) *Rebhan* paralipom. Meierian. ſ. quaeſt. iur. ſelect. ad coll. iur. Argentor. fol. 326. *Strav.* Ex. 40. th. 16. ibique *Müller* Tit. 8. cum allegatis DD. *Lauterb.* coll. theor. pr. h. t. §. 53. *Wernher* Tom. 2. Part. 10. obſ. 371. pag. 669. *Pufendorf* Tom. 3. obſ. 157. Knorre rechtl. Abhandl. und Gutachten num. 21.

(7) *Tiraquell* ad L. 8. C. de revoc. donat. fol. 99.

(8) *Stryck* de cautel. contract. ſect. 3. cap. 9. §. 8. *Leyſer* ſp. 494. med. 5.

§. 413. Fortſetzung.

Wann ich einem etwas unter den Lebendigen ſchenke, ſo bekommt er bey meinen Lebzeiten ein Recht darauf, und in den meiſten Fällen kann er auch verlangen, daß ich ſchon bey meinem Leben ihm das Geſchenk wirklich gebe oder auszahle. Ich leide alſo Schaden, vermindere mein Vermögen und bekomme nichts dafür. Aus dieſem Grund kann 1) Niemand ſchenken, als wer die freye Diſpoſition über ſein Vermögen hat. Ein Pupill und Minderjähriger können alſo nichts verſchenken; eben ſo wenig ein tutor, curator, oder ein anderer Verwalter fremden Vermögens. Ein filius familias kann von ſeinem peculio adventitio regulari nichts verſchenken, wohl aber von ſeinem caſtrenſi, quaſi caſtrenſi oder adventitio irregulari.

2) Ehegatten ſind nicht befugt; einander inter vivos zu ſchenken. In den alten Zeiten als die Weiber noch meiſtens in manum mariti kamen, wäre es ungereimt geweſen, wann die Ehegatten einander hätten ſchenken wollen. Dann die Frau, welche in manu mariti war, hatte nichts eigenes. Wie konnte ſie alſo dem Manne, oder er ihr etwas ſchenken? Wie es bey den Ehen gehalten wurde, wo die Frau nicht in manum mariti kam; deßgleichen ob zu der Zeit, als die conventio in manum abkam, ausdrückliche Geſetze gegen dieſe Schenkungen gemacht worden ſind, oder ob ſie bloß durch die Obſervanz (per mores) verboten waren, weiß ich nicht. (* r) Soviel iſt gewiß, zu und nach den Zeiten des K. Severus waren ſie nicht gültig.

In den allegirten Geſetzen wird zum Grunde angeführt: a) ein Ehegatte möchte dem andern durch verſtellte Liebkoſungen (mutuato, h. e. fictitio amore) (* s) das Vermögen abſchwätzen, und ihn an den Bettelſtab bringen. b) Ein eigennütziger Ehegatte würde dem andern übel begegnen, ſich wohl gar von ihm ſcheiden, (dann bey den Römern waren die Eheſcheidungen ſehr leicht; §. 129.) wann ihm der andere keine Geſchenke machen wollte; man würde alſo Friede und Eintracht in der Ehe durch Geſchenke erkaufen müſſen, (venalitia eſſent matrimonia.) c) Die Eheſcheidungen werden aber ein groſſes Hinderniß in der Erziehung der Kinder ſeyn, (non eſſet ſtudium educendi h. e. educandi liberos. (* t) Indeſſen bemerke man 1) nicht alle Schenkungen unter den Ehegatten ſind verboten; ſondern nur diejenige, die von einiger

einiger Beträchtlichkeit sind, und wodurch der Schenkende ärmer, aber der Beschenkte reicher wird. Kleinigkeiten können Ehegatten einander schenken. 2) Die Schenkungen der Eheleute sind nicht schlechterdings null; (* 4 sondern man muß folgende drey Fälle unterscheiden: a) wann beyde Ehegatten noch leben; b) wann der Beschenkte mit Tod abgegangen, c) wann der Schenkende gestorben ist. Im ersten Falle kann der Schenkende die Donation widerrufen, im zweyten wird die Schenkung von selbst (ipso iure) nichtig, und es ist keine Widerrufung nöthig; (* 5) im dritten aber ist die Schenkung gültig; der Tod des Schenkenden hat sie dergestalt bestätigt, daß sie von dem Erben nicht widerrufen werden kann. (* 6)

3) Eine Schenkung, welche sich über 500 solidos belauft, muß bey der Obrigkeit angezeigt, und von ihr protocolliret werden, *actis insinuanda est.*

Ich habe hierbey mancherley zu bemerken. a) Der solidus war eine Goldmünze, die sich zum Ducaten wie 1 $\frac{1}{3}$, zu 1. verhält. (* 7) Wann also der Ducat 5 fl. gilt: so sollte man den solidum zu 6 fl. 40 kr. annehmen. Aber an dem Reichscammergericht wird er zu 4 fl. gerechnet. (* 8) b) Was ist die Raison dieser Verordnung? Einmal, daß die Bürger nicht unbedachtsamer Weise grosse Summen verschenken sollen. Dann während der Zeit, als der Schenkende in das Gericht geht, und die Schenkung anzeigt, kann er die Sache überlegen. Fürs andere, daß die Schenkung desto wenigerm Zweifel unterworfen, und desto leichter zu erweisen sey. c) Eine Schenkung, die sich über 500 solidos belauft, und nicht gerichtlich protocollirt ist, ist nicht ganz ungültig, sondern nur in so weit sie diese Summe übersteigt. Z. E. wann ich einem 600 solidos ausser gerichtlich geschenkt habe: so muß ich ihm 500 bezahlen, und nur in Ansehung der letztern Hundert ist die Schenkung ungültig.

(1) Wer Lust hat die Geschichte dieses Artikels, wovon sich freylich nicht viel grosses sagen läßt, zu lesen, der s. *I. H. Bochmer* diss. de statu donat. inter vir. et uxor. antiquo et hodierno in Ex. ad P. Tom. 4. und *Zachar. Richter* diss. de oratione Antonini de donat. inter vir. et uxor. confirmandis Lipsi. 1759.
(2) *Brenemann* in not. ad L. 1. cit. in edit. corp. iur. *Gebauer.*
(3) *Boehmer* diss. cit. § 25.
(4) *Godofr. Lud. Mencken* iun. diss. de donat. inter vir. et. ux. non ipso iure nullis. in opusc. n. 18.
(5) L. 32. §. 14. D. de donat. inter vir. et ux. L. 8. D. de reb. dub.
(6) L. 32. §. 2. D. L. 25. Cod. de don. int. vir. et uxor.
(7) *Eisenschmidt* de ponderibus et mensuris veterum pag. 35. et pag. 140.
(8) v. Cramer Wetzl. Beytr. 1. Th. num. 33. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 17.

§. 414. Regeln von der Schenkung Todes wegen.

Die Schenkung von Todes wegen schwankt zwischen Vertrag und letztem

tem Willen. Sie kommt nemlich mit einem letzten Willen in folgenden Stücken überein.

1) Muß sie vor fünf Zeugen geschehen. (* 1) Dieß ist bey letzten Willenserklärungen, worin kein directer Erbe ernennt wird, der Regel nach erforderlich. Die Zeugen müssen alle auf einmal (simul et uno actu) zugegen seyn. (* 2)

2) Nur solchen Personen kann man mortis causa schenken, welchen man etwas in einem letzten Willen hinterlassen kann. In dem 14ten Titel dieses Buches werden wir die Personen kennen lernen, die aus einem letzten Willen nichts bekommen können. Allen diesen kann man auch mortis causa nichts schenken.

3) So wie man einen letzten Willen in jeder Stunde widerrufen kann, so kann auch ein donator mortis causa seine Schenkung revociren, sobald sie ihn reuet. Daher können Ehegatten, wie wir gehört haben, einander m. c. schenken; daher bedarf die donatio m. c. keiner gerichtlichen Insinuation; daher kann auch ein Minderjähriger m. causa schenken, und hat nicht einmal den Consens seines Curators nöthig (* 3). In dem Falle, wenn ich einem etwas mortis causa in Rücksicht auf eine gewisse Lebensgefahr schenke; z. E. ich schenke dir auf den Fall, wenn ich in dem heutigen Treffen bleibe, meine Equipage: so ist die Schenkung von selbst, auch ohne Revocation, ungültig, sobald ich in dieser Gefahr nicht umkomme. §. 1. I. h. t.

4) Wann ich einem etwas in einem letzten Willen hinterlasse, so ist erforderlich, daß er mich überlebt. Stirbt er vor mir, so können seine Erben nichts verlangen. Eben dieses ist auch Rechtens bey der donatione m. c.

Die Schenkung von Todes wegen hat aber auch manches mit den Verträgen gemein, und geht von den letzten Willensdispositionen ab, dahin gehört

5) daß sie acceptirt werden muß. Die Gesetze, welche die Acceptation in der Schenkung erfordern, reden allgemein, und wann keine Acceptation bey der donatione m. c. erfordert würde, so wäre sie ein bloser letzter Wille. (* 4) Wenigstens ist in der Praxis die Sache ausgemacht. (* 5)

6) Man streitet darüber, ob einer, welcher m. c. schenken will, testamenti factionem haben, d. i. befugt seyn müsse, ein Testament zu machen? Es giebt nemlich Personen, welche zwar durch Verträge über ihr Vermögen disponiren, aber doch kein Testament machen können, z. E. Apostaten, welche von der christlichen Religion zur jüdischen, mahomedanischen übergehen. S. den 12ten Titel dieses Buches. Können diese mortis causa schenken? Da man kein Gesetz hat, welches diesen Leuten die Schenkungen verbietet; da es ferner in der L. 25. §. 1. cit. den filiusfamilias erlaubt wird, m. c. zu schenken, die doch nicht testiren können: so muß man diese Frage billig ~~verneinen (* 6).~~ bejahen.

(1) *Lauterbach* diss. de donat. m. c. th. 6. seqq.
(2) *Cocceji* in iur. controv. tit. de mort. caus. donat. Qu. 4.
(3) *Idem* l. c. Qu. 5. *Lauterb.* l. c. thes. 19.
(4) Indessen lassen sich auch viele Gründe dagegen anführen, welche *Ludewig* diss. cit. differ. 3. und *Io. Tob. Richter* diss. de acceptatione in donat. m. c. non necessaria Lips. 1744. gesammelt haben.
(5) *Stryk* us. mod. tit. de mort. caus. donat. §. 1. *Mev.* Part 6. Dec. 331. et 333. *Boehmer* consult. et decis. Tom. 2. Part. 1. resp. 752. n. 17. *Leyser* spec. 438. med. 5. Man s. auch *Dan. Fabri* diss. de legatorum et mortis causa donationum differentiis, Goett. 1763. in der ich aber Gründlichkeit sehr vermisse.
(6) *Cocceji* l. c. Qu. 2. *Lauterbach* l. c. thes. 21. 22.

§. 415. Klagen des donatarii.

Die Klagen, welche ein donatarius anstellen kann, sind, 1) *actio ex stipulatu*. Diese hatte in dem Falle statt, wann die Schenkung durch feyerliche Worte, (per stipulationem), geschehen war. 2) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* Sie wird angestellt, wenn die Schenkung mit gemeinen Worten, ohne Stipulation erklärt worden ist. 3) Ein donatarius mortis causa kann dieselbe Klagen anstellen, die einem legatario zustehen. Diese sind aber, wie wir unten §. 585. hören werden, *rei vindicatio*, *actio hypothecaria*, und *actio personalis ex testamento*.

§. 416. Von der donatione inter nuptias.

Eine besondere Gattung der Schenkung ist *donatio propter nuptias*. Der Ehemann, oder jemand anderst in dessen Namen, macht sie der Ehefrau, daß sie davon im Fall der Noth während der Ehe mit dem Manne und der Familie leben, auch in gewissen Fällen die geschenkte Sache erben soll. Nemlich als in Rom der Luxus sehr einriß, und dadurch viele Familien ruinirt wurden: so suchten sich die Eheweiber durch donationes propter nuptias zu helfen. Der Ehemann setzte nemlich 1) der Frau eine Sache z. E. ein liegendes Gut aus. Diese administrirte er zwar, aber er konnte sie nicht verpfänden und nicht veräussern. 2) Wann er also verarmte: so genoß die Frau die Einkünfte dieser Sache, und konnte sich, den Mann und die Kinder zur Noth davon ernähren. 3) Wurde die Ehe getrennt: so fiel die Sache an den Mann oder dessen Erben zurück; ausgenommen a) wann in den Ehepacten festgesetzt war, daß die Frau sie behalten sollte; b) wann Kinder in der Ehe gezeugt worden, und noch am Leben waren; c) wann eine Ehescheidung geschah, woran der Ehemann Schuld hatte. Wenigstens ist dieß die Vorstellungsart, die ich für die richtigste halte, und welche die angeführte Schriftsteller mit Gründen unterstützen. Heutigestags ist die römische donatio propter nuptias ganz ausser Mode. (* 1)

(1)

(1) *Schilter* Ex. 36. th. 86. *Thomasius* in not. h. t. *Christ. Gottfr. Hofmann* Diss. de diff. iur. rom. et Germanici in doctr. de donat. p. n. §. 6.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet vel non.

§. 417. Inhalt des gegenwärtigen Titels.

Das Eigenthum ist ein Recht, über eine Sache nach Gefallen zu disponiren. (§. 287.) Der Eigenthümer ist also auch befugt, seine Sache einem andern zu überlassen, oder kurz, sie zu veräussern. Wer hingegen nicht Eigenthümer der Sache ist, kann auch keinen andern zum Eigenthümer machen; kurz er kann die Sache nicht veräussern. Indessen giebt es a) Fälle, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann; b) Fälle, wo einer, welcher nicht Eigenthümer ist, doch befugt ist, die Sache zu alieniren. Diese beyde paradox klingende Sätze, wie sie Theophilus in seiner Paraphrase nennt, (man sehe oben §. 8.) werden im gegenwärtigen Titel vorgetragen.

§. 418. Von der Veräusserung der Brautgabe.

Der erste Fall, wo der Eigenthümer nicht veräussern kann, findet sich bey der Brautgabe. Wann nemlich eine Frau ihrem Manne Brautschatz zubringt, und die Frage entsteht, was der Mann darauf für Rechte habe: so unterscheide man folgende Fälle: 1) der Brautschatz besteht **in beweglichen Dingen**, Geld, Hausrath, Kleidung, u. d. g. In diesem Falle ist der Mann völliger Eigenthumsherr, und kann darüber nach Gefallen disponiren. 2) Die Brautgabe besteht **in unbeweglichen Gütern**, Haus, Aecker, Wiesen, u. d. g. Jetzt muß man distinguiren, entweder a) sind diese Dinge zu einem gewissen Preise angeschlagen, oder b) nicht. Wann das erste ist: so sind sie entweder aa) dem Mann **für den gesetzten Preis verkauft**, (aestimatio facta est venditionis causa); so daß es von ihm abhängt, was er will, die Sache selbst oder den Preis zurück zu geben; oder bb) die Sache wird nur **zu dem Ende angeschlagen, daß man dereinst, wo es nöthig ist, den jetzigen wahren Werth wissen könne**; (aestimatio facta est taxationis causa.) Wann die Dotalsache dem Manne für einen gewissen Preis verkauft worden ist: so ist er ebenfalls völliger Eigenthumsherr, und kann darüber

ber nach Belieben schalten. Ist aber die Sache gar nicht angeschlagen worden, oder die Aestimation ist nur taxationis causa geschehen: so ist der Ehemann nur ein unvollkommener Eigenthumsherr; er ist, wie die Juristen sagen, nur *dominus civilis* (*1) des eingebrachten; die Ehefrau hat das dominium naturale. Das heist der Ehemann zieht alle Nutzungen des Brautschatzes, er kann ihn aber der Regel nach weder verpfänden noch veräussern. (Man s. die 26ste Tabelle.) Schon lex Iulia de adulteriis verordnete, der Mann sollte ein Grundstück in Italien nicht gegen den Willen der Frau veräussern, auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfänden; also a) ein Gut in den Provinzen konnte er veräussern und verpfänden; b) die Veräusserung galt, wann die Frau consentirte, die Verpfändung aber nicht. Der Gesetzgeber glaubte, es sey leicht eine Ehefrau zum Consens in die Verpfändung zu bereden; aber nicht so leicht in die Veräusserung. c) Nach Justinians Verordnung aber darf der Mann kein Dotalgrundstück, es liege, wo es wolle, die Ehefrau consentire oder nicht, weder veräussern noch verpfänden, wann es ihm, (wie wir vorhin gehört haben), nicht entweder a) für einen gewissen Preis verkauft; oder b) die Alienation nothwendig, oder c) der Ehefrau nützlich ist. Wann also die Frau mit den Kindern Hunger leider, und kein anderes Rettungsmittel vorhanden ist, so kann fundus dotalis alienirt werden. (*2) Auch ist die Alienation gültig, wann sie nützlich, wann z. E. der Kaufschilling zum Ankauf eines einträglichern Grundstückes verwendet wird.

(1) Von der Beschaffenheit und den Wirkungen dieses Eigenthums s. *Brenckmann* de evremat C. 5. Eine Hauptschrift in dieser Materie ist *Scip. gentilis* tract. de aestimatione rerum in dotem datarum, der seinen Tractaten de bon. matern. et de sec. nupt. (Hanau 1606. 8.) beygedruckt ist.
(2) *Lauterbach* diss. de fundo dotali thes. 43.

§. 419. Veräusserung der Güter, welche Minderjährigen gehören.

Der zweyte Fall, wo ein Eigenthümer nicht veräussern kann, kommt bey den **Pupillen und Minderjährigen** vor. Diese sind nemlich Eigenthümer ihres Vermögens; indessen können sie nichts alieniren, weil sie die freye Verwaltung ihres Vermögens nicht haben. Daraus folgt 1) sie können kein Darlehen geben; 2) sie können keine Zahlung annehmen; 3) sie sind auch nicht befugt Zahlung zu leisten. Wir wollen diese Sätze nach der Reihe überlegen. Also der erste war: **Ein Pupill und Minderjähriger ist nicht befugt, vom Seinigen ein Darlehen zu geben**, z. E. Geld auszuleihen. Dann wer ein Darlehen giebt, der veräussert etwas, wie wir unten (§. 766.) sehen werden. Gesetzt aber, ein solcher giebt dennoch ein Darlehen, was ist alsdann Rechtens? Man distinguire, entweder ist die dargeliehene Sache noch **vorhanden**, oder sie ist **consumirt**, das heist, verzehrt, ausgegeben u. d. g.

Im

Im ersten Falle vindicirt sie der Vormund, im zweyten stellt er eine Personalklage an, daß ihm eine Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückgegeben werden soll. Ist die Consumtion bona fide geschehen; (das heist der Schuldner hat das Darlehen genommen, ohne zu wissen, daß der Gläubiger noch minorenn sey): so hat condictio sine causa statt. Hat aber der Schuldner die geliehene Sache mala fide consumiret: so kann er nicht allein condictione sine causa, sondern auch actione ad exhibendum belangt werden. Diese letzte Klage ist dem Kläger vortheilhafter, als die erste; dann bey der letzten hat das iuramentum in litem statt, das heist, der Kläger ist befugt, allen erlittenen Schaden eidlich zu taxiren.

Der zweyte Satz hieß: **einem Pupillen und Minderjährigen darf man nichts bezahlen**; dann wer sich bezahlen läßt, verliehrt seinen Anspruch, er alienirt also. Dazu kommt, daß zu befürchten ist, der Pupill und Minderjährige werden das, was ihnen bezahlt wird, übel anwenden, verschwenden, verliehren, u. s. w. Wann ich also dergleichen Personen zu bezahlen habe, und bezahle a) ihnen allein, ohne den Vormund: so ist die Zahlung null und nichtig, und ich muß zum zweytenmal bezahlen, wofern der Minderjährige das gezahlte verschwendet. Wann ich aber auch b) mit Vorwissen des Vormundes zahle: so bin ich noch nicht vollkommen sicher. Die Zahlung ist zwar ipso iure gültig; aber wann der Vormund das bezahlte nicht zum Besten des Pflegbefohlnen verwendet: so kann sich der Pflegbefohlne in integrum restituiren lassen, und ich muß noch einmal zahlen. Will man also ganz sicher gehen: so muß man c) sich von der Obrigkeit einen Zahlungsbefehl geben lassen, und nun dem Vormunde zahlen. Dann in diesem Fall ist man vollkommen gesichert, (debitor pleniſſime liberatus est) Zinsen kann man dem Vormund allein anvertrauen ohne obrigkeitlichen Zahlungsbefehl, wann sie nicht von mehr als zwey Jahren rückständig sind, und die Summe von 100 solidis nicht übersteigen. (* 1) Nach unserer heutigen Praxis wird das gerichtliche Zahlungsdecret nur alsdann erfordert, wann der Schuldposten zweifelhaft und ungewiß ist. Ausser dem kann man dem Vormunde auch ohne Decret zahlen. (* 2) Der dritte Satz endlich war: ein Pupill und Minderjähriger kann nichts bezahlen. Zahlt er etwas, daß er nicht schuldig war; so stellt der Vormund rei vindicationem, oder condictionem indebiti an: rei vindicationem, wann die Sache noch vorhanden, condictionem indebiti, wann sie consumirt ist. Zahlt aber der minorenne oder Pupill etwas, das er zu zahlen schuldig war, und es ist consumirt: so findet keine Klage statt. Ist es noch vorhanden: so kann eine rei Vindication angestellt werden, wann anderst der Pupill oder Minderjährige einen Vortheil dabey hat; z. E. weil das

Geld vor dem Termine bezahlt worden ist, an dem es der Pupill zu zahlen schuldig war. (S. die Tabelle zu diesem Abschnitte.)

(1) *Born* diss. de solutione pupillis ac minoribus, et ab iis tuto facienda in collect. dissert. n. 2.

(2) *Hellfeld* ad pand. tit. de solut. §. 1931. not. d.

§. 420. Von der Veräusserung des Pfandes.

Zuweilen ist jemand nicht Eigenthümer und kann doch veräussern. Dahin gehört 1) der **Pfandglaubiger.** Wann ich einem eine Sache verpfände: so ist meine Absicht, ihm Sicherheit wegen seiner Forderung an mich zu geben. Er ist daher, im Falle, daß ich nicht zu rechter Zeit zahle, (in mora bin, wie die Juristen reden), befugt, das Pfand zu verkaufen. Doch sind dabey folgende Regeln zu bemerken. 1) Wann **ausdrücklich** ausgemacht ist, daß der Glaubiger bey unterbleibender Zahlung das **Pfand solle verkaufen können:** so kann er zu diesem Verkauf schreiten, sobald der Zahlungstermin verstrichen ist; ohne vorher es dem Schuldner zu **denunciiren.** Denunciiren nemlich heist hier, dem Schuldner bekannt machen, daß er bezahlen solle; widrigenfalls man das Pfand verkaufen werde. Dieß ist wenigstens die richtigste Meynung; (* 1) wiewohl **Vinnius** (* 2) glaubt, daß man auch in diesem Falle dem Schuldner den vorhabenden Verkauf des Pfands bekannt machen müsse. 2) Wann ausgemacht wäre, **daß der Glaubiger das Pfand nicht solle verkaufen:** so gilt zwar dieser Vertrag nicht nach dem Buchstaben, dann er ist dem Wesen des Pfandrechts entgegen. (* 3) Aber er hat doch die Wirkung, daß der Glaubiger nicht eher zum Verkauf des Pfandes schreiten darf, als bis er es dem Schuldner **dreymal** denunciiret hat. Diese drey Denunciationen dürfen auch nicht zu kurz auf einander folgen, sondern es müssen zwischen der einen und der andern, wie die Juristen glauben, wenigstens 10 Tage verstreichen. (* 4) 3) Wann gar nichts über den Verkauf des Pfandes ausgemacht ist: so muß der Glaubiger dem Schuldner den Verkauf denunciiren, und wie unser Autor glaubt, nach der Denunciation noch zwey Jahre warten, ehe er das Pfand verkaufen darf. Aber diese Meynung ist noch zweifelhaft, (* 5) und in der Praxis wird sie gar nicht befolgt (* 6). In allen Fällen übrigens, wo der Glaubiger ein Pfand verkauft, muß er es **öffentlich** und *bona fide* thun. Oeffentlich, der Glaubiger nemlich muß das Pfand durch einen öffentlichen Anschlag, Ausruf, Intelligenzblatt u. d. g. feilbieten lassen, (proscribere pignus.) Bona fide, das heist, er muß das Pfand um einen billigen Preis verkaufen, es nicht wegschleudern. Allein gesetzt, er findet niemand, der ein billiges Gebot darauf thut. In diesem Falle muß a) die Denunciation wiederholt, oder ein gerichtlicher Zahlungsbefehl

gesucht

gesucht werden. b) Der Glaubiger muß sich unmittelbar an den Landesherrn wenden; c) dieser spricht dem Glaubiger das Pfand gegen einen festgesetzten billigen Preis (pro pretio taxato) eigenthümlich zu; doch behält d) der Schuldner die Erlaubniß, es binnen zwey Jahren einzulösen. Heutigestages ist diese impetratio dominii a Principe gar nicht gewöhnlich. Wann der Glaubiger das Pfand nicht anbringen kann: so läßt er es gerichtlich taxiren und sich zuschlagen. (* 7)

Die Note sagt: man muß das pactum de alienando pignore nicht mit dem pacto commissario verwirren. Jenes ist erlaubt, weil es dem Glaubiger ein Recht giebt, das ohnehin schon aus der Natur des Pfandcontracts fließt. Der Schuldner leidet auch keinen Schaden durch diesen Vertrag. Wann das Pfand verkauft wird: so muß der Glaubiger vom Kaufschilling seine Foderung abziehen, und den Rest an den Schuldner zurück zahlen. Aber das pactum commissorium ist der Vertrag, wodurch festgesetzt wird: **das Pfand solle verfallen seyn, wann der Schuldner nicht zur gesetzten Zeit zahle.** (* 8) Dieses pactum ist verboten; dann das Pfand ist gewöhnlich mehr werth, als die darauf haftendte Foderung des Glaubigers. Wann also dieser das Pfand schlechterdings behält: so leidet der Schuldner grossen Schaden.

(1) *H. Pistor* Lib. 3. Quaest. 18. n. 2. *Franzk.* ad Pand. tit. de distract. pign. n. 46. *Lauterb.* coll. th. pr. eod. tit. §. 6.

(2) *Vinn.* ad §. 1. h. t. n. 1.

(3) Einige, z. E. *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 2. cap. 7. p. 169. sqq. glauben, daß in diesem Falle das Pfand gar nicht verkauft werden dürfe; aber ihre Gründe überzeugen mich nicht, und L. 4. D. de pignorat. act. ist zu klar.

(4) Coll. iur. Argentorat. tit. de distract. pign. th. 2. num. III. *Donellus* de pign. cap. 12. pag. 144. *Franzk.* ad pand. dict. tit. n. 49.

(5) *Donellus* l. c. cap. 12. p. 346. *Voet* ad Pand. tit. de distr. pign. §. 1. *Stryk* in us. mod. eod. tit. §. 7.

(6) *Brunnemann* ad L. ult. Cod. de iur. dom. impetr. *Hopp* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* l. c.

(7) *Mev.* P. 7. D. 310.

(8) Oder auch: der Glaubiger soll bey ausbleibender Zahlung die Sache für einen gewissen, schon im voraus bestimmten Preis, käuflich behalten; oder endlich: die Sache solle im Falle der unterbleibenden Zahlung für einen durch ordentliche Taxe alsdann erst zu bestimmenden Werth dem Glaubiger eigenthümlich verbleiben. Adolph. Dietr. Webers Erörterung der Frage, wie weit erstreckt sich bey Verpfändungen das Verbot der legis comissoriae, Kiel 1784. §. 7. u. f. f.

§. 421. Fälle, worinn der Vormund alieniren kann.

Auch der Vormund ist nicht Eigenthümer von dem Vermögen des Pupillen oder Minderjährigen, und doch kann er etwas davon veräussern. Nemlich

lich 1) ist der Vormund zur Veräusserung befugt, wann sie der Vater des Pflegbefohlnen verordnet hat. Z. E. der Vater sagt im Testament: mein Garten, weil er wenig einträgt, und viel zu unterhalten kostet, soll nach meinem Tode verkauft, und der Kaufschilling an einträglichere Grundstücke angelegt werden. In diesem Falle ist der Vormund für sich allein befugt, den Garten zu verkaufen. 2) Wann eine Rechtsnothwendigkeit (necessitas iuris) der Veräusserung vorhanden ist. In gewissen Fällen nemlich nöthigen einen die Gesetze zur Alienation, und diese Nothwendigkeit heist necessitas iuris; z. E. wann ein Pupill ein Haus besitzt, welches der vorige Eigenthümer ihm oder seinen Vorfahren nur wiederkäuflich überlassen hat, und jener Eigenthümer nun den Wiederkauf ausüben will: so ist necessitas iuris zur Veräusserung vorhanden; der Vormund ist also befugt dazu. 3) Sachen, die sich nicht aufbewahren lassen, ohne zu verderben, (res quae servando servari non possunt), Obst, Butter, Bier, u. d. gl. kann der Vormund veräussern. In allen andern Fällen aber 4) kann derselbe zu keiner Alienation schreiten, ohne die Obrigkeit. Wann diese a) eine Untersuchung angestellt, die Alienation b) nöthig gefunden, und c) durch ein Decret erlaubt hat: so ist sie gültig, ausserdem nicht. S. oben §. 204. (3)

TIT. IX.

Per quas personas cuique acquiritur.

§. 422. Durch wen kann man erwerben.

Ein Mensch kann auf dreyerley Art etwas erwerben 1) durch sich selbst, 2) durch seine Sklaven; und 3) durch die Kinder, die in seiner väterlichen Gewalt sind. Von den beyden letzten Arten zu acquiriren handelt der gegenwärtige Titel.

§. 423. Von der Erwerbung durch Sklaven.

Also die erste Adquisition, von der wir zu reden haben, geschiehet durch Sklaven. Ein Sklave konnte nichts eigenes haben; alles was er erwarb, gehörte dem Herrn; doch mit dem Unterschiede, daß er a) das Eigenthum einer Sache dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen acquirirte; vorausgesetzt, daß der Sklave die Sache auf eine gerechte Art an sich gebracht hatte;

hatte b) die Possession aber nur, wann der Herr darum wußte, und sie verlangte; c) eine Erbschaft nicht anderst, als wann ihm der Herr einen speciellen Befehl gegeben hatte, sie anzutreten. Ich sage das Eigenthum erwarb er dem Herrn auch ohne dessen Wissen und Willen; das heist, wann ich meinem Sklaven verbiete, eine Sache zu acquiriren, und er acquirirt sie dem ungeachtet; nun gefällt sie mir, und ich will sie haben: so ist sie mein. Die Possession erwirbt der Sklave nur dem Herrn mit dessen Wissen und Willen. Dann Possession ist eine Detention der Sache, verbunden mit der Absicht, sie zu behalten. (§. 281.) Besitz läßt sich also ohne Wissen und Willen nicht denken. Endlich eine Erbschaft kann der Sklave nicht acquiriren, wann nicht der Herr ihm zum voraus Specialbefehl giebt, daß er sie antreten soll. Dann man stelle sich vor, der Sklave wollte ohne einen solchen Befehl sich der Erbschaft anmassen, dem Herrn aber gefiele es nachher nicht, sie zu behalten. Wie unangenehm und nachtheilig würde das für die Erbschaftsglaubiger seyn! Da wir heutzutage wenig Sklaven in Deutschland haben: so haben diese Sätze einen sehr geringen practischen Nutzen. Auf Leibeigene passen sie gar nicht, weil diese sich selbst, und nicht dem Eigenthumsherrn acquiriren.

§. 424. Vom peculio der Sklaven.

Weil ein Römer oft eine grose Menge Sklaven hatte, worunter auch solche waren, welche die Handlung verstanden; so gab er ihnen zuweilen ein Stück Geld, oder eine Quantität Waaren, um damit einen Handel zu treiben; dies hieß *peculium*. Der Herr war von dem peculio Eigenthümer, so gut als von seinem übrigen Vermögen; der Sklave aber hatte die Administration, eine freyere oder eingeschränktere, nachdem es dem Herrn beliebte. Er konnte es auch dem Sklaven ganz wieder abnehmen, wann dieser den Handel nicht zu seiner Zufriedenheit führte.

§. 425. Von der Erwerbung durch die Kinder nach dem alten römischen Recht.

Die zweyte Erwerbung durch andere ist die, welche man durch seine Kinder macht. Nach dem alten römischen Recht gehörte dem Vater alles, was die Kinder erwarben; es war also zwischen Kindern und Sklaven in diesem Stücke kein Unterschied. Oft gab ein Vater seinem Sohn aber auch Geld oder Waaren, um damit zu handeln, und das hieß dann, wie bey den Sklaven, *peculium*. Damals also gab es bey den Kindern nur ein einziges peculium.

§. 426. Nach neuern Gesetzen.

Nach dem neuen römischen Recht hingegen verhält sich die Sache ganz anders. *Peculium* heist nemlich alles, was ein *filius* oder eine *filia familias* vom Vermögen des Vaters abgesondert besitzt; das heist, was sie entweder dergestalt haben, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehört, oder was sie doch so besitzen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermischt ist, sondern besonders verwaltet wird. Dieses peculium ist entweder *militare*, oder *paganum*; das *militare* entweder *castrense* oder *quasi castrense*; das paganum entweder *profectitium* oder *adventitium*; dieses letztere entweder *ordinarium* oder *extraordinarium*. (Man s. die 27ste Tabelle.)

§. 427. Was ist peculium castrense?

Peculium militare heist nemlich alles, was ein filius familias durch *militiam*, oder bey Gelegenheit derselben erwirbt, was er nicht würde erworben haben, wann er nicht in militia gewesen wäre. Militia aber heist bey den Römern nicht nur a) der Soldatenstand; sondern sie verstehen auch b) die Ausübung der freyen Künste und Wissenschaften, und c) alle öffentliche Aemter und Würden darunter. Jenen, den Soldatenstand nennen sie militiam *sagatam*; diese, das Studium der Wissenschaften und öffentliche Civilbedienungen militiam *togatam*. Hat der Sohn etwas im Soldatenstande, (militia sagata) oder bey Gelegenheit desselben erworben: so heist es peculium castrense. Dahin gehört also die Beute, die er macht; was ihm von seinen Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenkt wird; was ihm sein Vater zur Equipage giebt; eine Erbschaft und ein Vermächtniß, die er von einem Cameraden bekommt; selbst wann sein Bruder, der mit ihm bey einerley Corps dient, stirbt, und ihn in Rücksicht auf den Militärdienst zum Erben ernennt: so ist die Erbschaft ein peculium castrense. Endlich wann er von dem Gelde, das zum peculio castrensi gehört, (pecunia castrensi) etwas erkauft: so ist die erkaufte Sache auch ein peculium castrense.

Der Grund dieses letzten Satzes steht in der Note; das peculium ist eine universitas iuris, (§. 278.) bey universitatibus iuris aber gilt die Regel: res succedit in locum pretii, wann ich Geld aus einer universitate iuris nehme, und eine Sache dafür kaufe: so ist die Sache auch ein Theil der universitatis.

§. 428. Was ist quasi castrense?

Das peculium quasi castrense wird entweder a) durch die Wissenschaften; oder b) bey Gelegenheit derselben; oder c) in einem öffentlichen Amte erworben. Dahin gehört also a) was ein Advocat, Magister, Doctor, practischer Arzt durch die Wissenschaften erwirbt; was ein Beamter, Secretarius, Archivarius, Regierungsrath, Rentmeister, Cammerrath, Prediger, Professor u. s. w. an Besoldung oder Accidenzien bekommt. Wann auch b) das Amt keine gelehrte Kenntnisse erfordert, wie z. E. das Amt eines Stall- Fecht- Tanz- Küchenmeisters u. s. w. so ist doch die damit verbundene Einnahme ein peculium quasi castrense. Endlich wann auch c) die Wissenschaften oder ein öffentliches Amt nur Gelegenheit zur Erwerbung einer Sache geben; so ist es ein peculium quasi castrense. Wan z. E. ein Professor aus collegialischer Freundschaft den andern zum Erben einsetzt, so ist die Erbschaft ein peculium dieser Art. Auch was ein Vater seinem Sohn, welcher Doctor, Arzt, Advocat, u. s. w. ist, in Rücksicht auf diese Würde schenkt, gehört dahin. Ob aber die Studierkosten, welche der Vater dem Sohne giebt, hieher zu rechnen sind, ist zweifelhaft. Cocceji (*1) und andere leugnen es; doch ist die bejahende Meynung der Rechtsanalogie gemässer (*2).

Unser Autor führt auch donata a Principe vel Augusta als Stücke des peculii quasi castrensis an. Mit dieser Sache hat es folgende Bewandniß. Wann der Landesherr oder dessen Gemahlin einem filio familias etwas schenken, in Rücksicht auf den Militärstand, auf eine Civilbedienung, oder auf die Wissenschaften: so ist es peculium *militare*, castrense oder quasi castrense. Hat aber das Geschenk eine andere Beziehung und Ursache; so soll es nach dem angeführten Gesetz als ein peculium *quasi militare* angesehen werden. Im Grunde ist es ein peculium paganum, das Gesetz aber legt ihm die Rechte eines peculii militaris bey.

(1) *Cocceii* iur. controv. tit. de pecul. Quaest. 1. *Stryk* ad *Lauterb.* eod. tit. voc. studiosos.

(2) *Schoepfer* in synopsi dict. tit. n. 15. seqq. Harprecht ad inst. tit. de donat. §. 2. n. 6. *Stryk* de success. ab intest. diss. 11. cap. 3. §. 7.

§. 429. Was ist peculium profectitium?

Peculium paganum heist ein jedes, das nicht durch die militiam, auch nicht bey Gelegenheit derselben acquiriret wird; und dieses ist entweder *profectitium* oder *adventitium*. Profectitium heist a) alles, was die Kinder vom Vater selbst bekommen; und was ihnen b) von einem andern, aber doch um

des Vaters Willen zufällt. (*1) Dahin gehört z. E. ein Landgut, das der Vater dem Sohn einräumt, um von den Einkünften zu leben; ein Waarenlager, das er dem Sohn abtritt, um damit zu handeln; wann jemand, der vom Vater Dienste erhalten hat, dem Sohn ein Geschenk macht; u. s. w. Uebrigens muß man in allen diesen Fällen voraussetzen, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; dann sonst wäre das, was ihnen der Vater giebt, kein peculium.

(1) *Franzk.* resolut. lib. 2. cap. 27. *G. Beyer* themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4.

§. 430. Was ist adventitium?

Endlich peculium adventitium ist, was die Kinder nicht vom Vater, auch nicht in Rücksicht des Vaters erwerben. Dergleichen ist, was sie sich durch eigenen Fleiß und Arbeit verdienen; was sie von der Mutter oder von andern Personen erben; was sie von einem dritten, und zwar nicht um des Vaters willen, geschenkt bekommen; was sie durch Finden (inventionem) acquiriren, u. d. g.

§. 431. Rechte des peculii militaris.

Nachdem wir die Gattungen des peculii kennen, wollen wir ihre verschiedene Rechte betrachten. Das peculium militare, sowohl castrense als quasi castrense, hat grose Vorzüge vor den übrigen. Der Sohn hat darüber ein vollkommenes Eigenthumsrecht, (plenum ius) das heist: 1) er wird in Ansehung dieses peculii als ein pater familias angesehen; alle Dispositionen, die ein pater familias mit seinem Vermögen vornehmen kann, darf auch der Sohn über dieses peculium machen. Er kann also 2) nicht nur unter den Lebendigen durch Kauf, Tausch, Schenkungen u. s. w. sondern auch *mortis causa* darüber disponiren; das heist einen letzten Willen und eine donationem mortis causa darüber errichten. Stirbt er ohne letzten Willen: so fällt dieses peculium an seine Intestaterben; das heist an die Personen, die ihn vermöge der Gesetze erben, seine Kinder, Geschwister und Eltern; der Vater kann es sich also nicht vermöge der väterlichen Gewalt allein zueignen, wie er nach den ältern Gesetzen zu thun befugt war.

§. 432. Rechte des profectitii.

Das peculium profectitium gehört völlig dem Vater; das heist, er hat das Eigenthum, die Civilpossession und den Niesbrauch davon. Die Kinder haben nichts, als den natürlichen Besitz (§. 282.) und die Administration desselben. Wann indessen 1) des Vaters Vermögen confiscirt wird: so nimmt

man

man den Kindern die peculia profectitia nicht; und wann 2) der Vater die Kinder emancipirt, ohne diese peculia zurück zu fordern: so hat er sie ihnen stillschweigend geschenkt. Stirbt aber der Vater: so müssen die Kinder das peculium profectitium in die Erbmasse conferiren, das heist sich anrechnen lassen. (§. 709.)

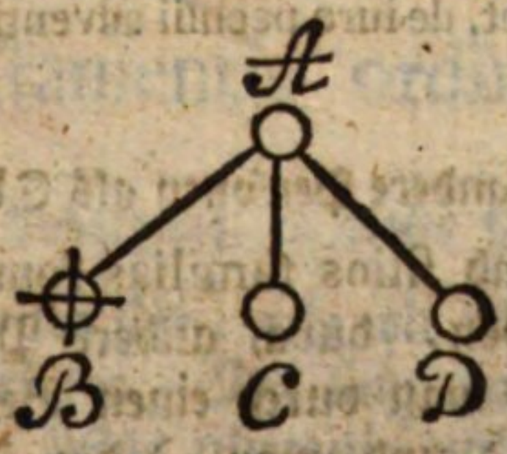
§. 343. Rechte des adventitii.

Das peculium adventitium gehört den Kindern eigenthümlich zu; der Vater aber hat der Regel nach die Administration und den Niesbrauch: dergestalt daß er auch, wann es nöthig, oder den Kindern nützlich ist, etwas davon, und zwar ohne obrigkeitlichen Consens veräussern kann. (* 1) Dieser Niesbrauch dauert so lang, als die väterliche Gewalt, ja zuweilen noch länger. Wann nämlich der Vater das Kind emancipirt: so behält er lebenslänglich den halben Niesbrauch als eine Belohnung der Emancipation. (§. 161.)

(1) *Leyser* sp. 165. n. 9. *Wernher* part. 3. obs. 35. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechts-Materien 1. Stück 18. Seite.

§. 434. Vom peculio adventitio extraordinario.

Doch giebt es auch Fälle, wo der Vater keinen Niesbrauch vom peculio adventitio hat. Dahin gehört 1) wann der Sohn gegen den Willen des Vaters etwas erwirbt; z. E. eine Erbschaft antrit; (s. unten §. 543.) dann Rechtswohlthaten werden niemand aufgedrungen. Da nun der Vater nicht wollte, daß der Sohn die Sache acquiriren sollte: so kann er auch keinen Niesbrauch davon prätendiren 2) Wann jemand den Kindern ein Geschenk macht, oder eine Erbschaft, oder ein Vermächtniß mit dem Bedinge hinterläßt, daß der Vater keinen Niesbrauch haben solle. 3) Wann eins von mehreren Kindern stirbt; seine Erbschaft also auf den Vater und die Geschwister fällt. In diesem Falle bekommt der Vater den Niesbrauch über die Erbportionen der Geschwister nicht.



Z. E. wann B stirbt und 3000 Rthlr. hinterläßt, so werden diese unter den Vater A, und die beyde Brüder C, D. in gleiche Theile vertheilt; der Vater

aber hat über die 2000 Rthlr. welche dem C. und D. zufallen, keinen Niesbrauch. Der Grund liegt wohl darinn, weil der Vater nach dem Recht des Coder in diesem Fall gar nichts erbte; sondern alles auf die Brüder C. und D. fiel. Die neuere Gesetze, Nov. 118. cap. 2. haben ihn zwar zur Successiom gelassen; weil sie aber nicht wollen, daß jemand einen doppelten Vortheil haben soll: so haben sie ihm den Niesbrauch von den Erbportionen der Miterben abgesprochen; oder wie Justinian in der angeführten Novelle sagt: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare; quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Endlich ist 4) der Fall in der L. 50. ad SCt. Trebell. hieher zu rechnen. Er ist folgender. Ein Vater war zum Erben eingesetzt, und ihm auferlegt worden, dem Sohn die Erbschaft zu restituiren, wann dieser aus der väterlichen Gewalt gehen würde. Der Vater aber gieng mit der Erbschaft untreu um; deswegen verordnete Kayser Hadrian; daß er dem Sohn die Erbschaft sogleich, noch während der väterlichen Gewalt, abtretten, und keinen Niesbrauch davon haben sollte. (* 1) Man theilt daher peculium adventitium in *ordinarium*, s. *regulare*, s. *minus plenum*, und *extraordinarium*, s. *irregulare*, s. *plenum* ein. Ordinarium, regulare, minus plenum heist das, worüber der Vater den Niesbrauch hat, extraordinarium, irregulare, plenum, wovon ihm keiner zukommt. Ueber dieses letztere peculium kann der Sohn inter vivos nach Gefallen disponiren, es also verkaufen, vertauschen u. s. w. auch kann er es mortis causa verschenken, aber ein Testament kann er nicht darüber machen; (§. 466.) dann die testamenti factio kommt den filiis familias schlechterdings nicht zu, ausser über das peculium militare, weil sie, wie wir vorhin hörten, (§. 431.) in Ansehung dessen wie patres familias angesehen werden.

(1) Aus diesem singulären Fall aber läßt sich nicht der allgemeine Satz abstrahiren, daß der Vater den Niesbrauch der Adventitien verliehre, wenn er damit übel wirthschaftet. *Scipio Gentilis* tract. de bonis maternis cap. 12. s. auch *Heusinger* comment. de iure peculii adventitii extraord. (Isenac. 1751. 8.) pag. 22.

§. 435. Kann man auch durch andere Personen als Sklaven und Kinder acquiriren?

Nur durch Sklaven und filios familias konnte man nach dem alten römischen Recht etwas erwerben, durch andere Personen nicht. Die neuere Gesetze aber erlauben, daß man durch einen Bevollmächtigten (procuratorem) etwas acquiriren kann; und zwar 1) den Besitz. Ich kann durch einen Bevollmächtigten den Besitz z. E. eines Landguts ergreifen lassen. 2) Das Eigenthum; wann ich durch einen Bevollmächtigten etwas kaufen lasse,

und

und ihm die Sache tradirt wird: so bin ich Eigenthümer davon. 3) **Ein Pfandrecht.** Wann z. E. mein Bevollmächtigter auf ein Haus Geld vorschießt, und sich das Haus für mich verpfänden läßt: so kommt mir ohne Zweifel ein Pfandrecht zu. Ob man 4) eine Servitut durch einen Bevollmächtigten habe erwerben können, weiß ich nicht. Doch glaube ichs, dann ich begreife nicht, warum es nicht erlaubt gewesen seyn sollte. Heutigestages ist wohl die Sache keinem Zweifel unterworfen. 5) **Ein Erbrecht** konnte mir kein Bevollmächtigter erwerben, dann Erbverträge (pacta successoria) waren bey den Römern ganz verboten. Also gieng es auch nicht an, daß ich durch einen Procurator mit jemand einen solchen Vertrag schliessen ließ; und der Procurator mir auf diesem Wege ein Erbrecht erwarb. War ich Testaments- oder Intestaterbe: so konnte ich die Erbschaft nicht durch einen Bevollmächtigten antreten; also auch in diesem Falle war keine adquisitio iuris hereditarii per procuratorem möglich. Heutigestages kann zwar auch die Erbschaft durch keinen Bevollmächtigten angetreten werden, wie ich unten (§. 544.) zeigen will; aber die Erbverträge sind bey uns erlaubt, und man kann sie ohne Zweifel nicht nur in eigener Person, sondern auch durch einen Procurator schliessen. Folglich ist heutigestages ein Erbrecht durch einen Bevollmächtigten zu erlangen möglich. Ist einer weder Sklave, noch filius familias, noch Bevollmächtigter von mir: so kann ich nach römischem Recht durch ihn nichts acquiriren. Heutiges Tags aber kann ein dritter, der keine von den benannten Personen ist, mir etwas erwerben. Wann sich z. E. ein Freund in meiner Abwesenheit etwas für mich schenken und tradiren läßt: so habe ich das Geschenk acquiriret. (§. 738.)

TIT. X.

De testamentis ordinandis.

§. 436. Uebergang zu dieser Materie.

Die modi adquirendi civiles sind, wie wir oben gehört haben, entweder singulares oder universales. Die singulares sind usucapio, donatio, legatum, fideicommissum. Was usucapio und donatio sey, ist im 6. und 7. Titel erklärt worden. Das legatum und fideicommissum wird ausgesetzt, bis wir die Lehre von den Testamenten kennen gelernt haben. Wir gehen also nun

nun zu den modis adquirendi universalibus, deren erster *hereditas*, oder richtiger *adquisitio hereditatis*, *successio hereditaria*, *successio sensu proprio* ist.

§. 437. Was ist die Erbschaft?

Um diesen Abschnitt gründlich zu verstehen, bemerke man folgende Sätze: Erster Satz: das Wort Erbschaft, *hereditas* wird entweder objectivisch oder subjectivisch genommen. In der ersten Bedeutung verstehet man die ganze Verlassenschaft, den Complexus der Güter eines Verstorbenen darunter; in der letztern aber wird das Recht auf eine solche Verlassenschaft, das Erbrecht, ius hereditarium, damit angedeutet.

Zweyter Satz. Wann weiter noch nichts als ein Titel zu der Erwerbung einer Erbschaft vorhanden ist: so heist sie *hereditas delata*; ist aber die Erbschaft wirklich mein geworden, weil ich sie angetreten habe, oder das Gesetz sie ohne Antretung für mein erklärt: *hereditas adquisita est*. Wann mich z. E. jemand im Testament zum Erben ernennt, und mit Tode abgehet: hereditas mihi delata est; wann ich sie aber antrete: hereditas est adquisita.

Dritter Satz. Diese Adquisition einer Erbschaft heist die Erbfolge, *successio hereditaria*, *successio sensu stricto*.

Vierter Satz. Der Titel zu einer Erbschaft kann dreyerley seyn: Vertrag, Testament, Gesetz. Wann ich nemlich Erbe eines Menschen werde: so liegt entweder der Grund in seiner Willenserklärung, weil er mich dazu ernennet hat; oder unmittelbar in der Vorschrift der Gesetze. Im letzten Fall ist es hereditas legitima sive ab intestato. Heredes legitimi nemlich sind die Verwandten des Verstorbenen und einige andere Personen. Man sehe den 721. u. f. f. §§. Z. E. wann der Vater stirbt: so sind die Kinder Erben, ob sie gleich der Vater nicht dazu ernennt hat, sie sind es, weil die Gesetze sie dafür erklären, also heredes legitimi oder ab intestato. Wann die Willenserklärung des Verstorbenen der Grund meines Erbrechtes ist: so ist dieselbe entweder in der Absicht geschehen, daß ich sie acceptiren soll, und ich habe sie wirklich acceptirt, oder sie ist blos einseitig geschehen, das heist nicht in der Meynung, daß ich sie soll acceptiren können. Im ersten Fall bin ich *heres pactitius*, im letzten heres *testamentarius*, oder besser *heres ex ultima voluntate*. Die Römer kannten aber die hereditatem pactitiam nicht; bey ihnen waren alle Erbverträge verboten. Sie hatten also nur hereditatem testamentariam und ab intestato. In Deutschland hingegen sind dergleichen Verträge erlaubt, und werden nicht selten eingegangen.

Fünf-

Fünfter Satz. Der Testamentserbe geht den Intestaterben vor, (successio testamentaria excludit legitimam;) das heist: wann ich im Testament einen Erben ernenne: so können die heredes legitimi keinen Anspruch auf meine Erbschaft machen, ausgenommen, wann es Personen sind, denen der Pflichttheil gebührt. Man sehe den 13. Titel dieses Buchs.

§. 438. Geschichte der Testamente.

Die Testamente sind bey den Römern nicht immer auf einerley Weise gemacht worden. In den ältesten Zeiten machte man sie in *calatis*, das heist *convocatis comitiis*, in einer Volksversammlung. Wann das Volk versammelt war, erklärte man öffentlich, wen man zum Erben haben wolle. Das Volk consentirte stillschweigend; dann daß es ordentlich votirt haben sollte, ist nicht zu glauben. Man siehet übrigens hieraus ein, warum die Testamente bey den Römern als Gesetze angesehen worden sind; weil sie nemlich in den alten Zeiten wie Gesetze in einer Volksversammlung gemacht wurden. Diese Art zu testiren war aber sehr beschwerlich; dann der Testator mußte warten, bis sich das Volk versammelte; schwerlich kam es blos um eines Testaments willen zusammen; auch wurde die Erbeseinsetzung allen Menschen bekannt, welches zuweilen dem Testator unangenehm seyn mußte. Die Juristen brachten daher eine andere Art von Testamenten auf, die *per aes et libram*. Die Gesetze der 12 Tafeln nemlich sagten: uti pater familias legassit (das heist disposuerit) super pecunia tutelave, ita ius esto. Nach dieser Verordnung konnte man testiren, auf welche Weise man wollte. Die Rechtsgelehrte führten aber folgende Solennitäten bey den Testamenten ein. Man ließ einen Menschen kommen, welcher den Erben vorstellte, und familiae d. i. bonorum emtor hies; (*1) einen zweyten, der die Wage hielt, und daher libripens heist; einen dritten, den *antestatum*, dessen Bestimmung sogleich erklärt werden soll; und endlich fünf Zeugen. Wann diese Personen versammlet waren: so ermahnte der antestatus die Zeugen, auf alles wohl Achtung zu geben; der libripens hielt die Wage in die Höhe; der familiae emtor warf ein Stück Geld in die eine Wagschale; der Testator aber legte etwas von seinem Vermögen in die andere, und verkaufte vermittelst einer solennen Formel sein ganzes Vermögen dem familiae emtori. Die ganze Handlung war indessen blos imaginär, eine blose Comödie; denn die Absicht des Testators war gar nicht, sein Vermögen zu verkaufen. Der familiae emtor erhielt wirklich nicht das geringste Recht aus diesem Kaufe. Endlich brachte der Testator sein Testament zum Vorschein mit der Formel: haec uti in his tabulis cerisve scripta

sunt, ita do, ita lego, ita testor, ita vos Quirites testimonium praebitote. (* 2).

(1) In den ältern Zeiten war der Erbe selbst der familiae emtor; in den neuern aber nahm man eine andere Person dazu. *Theoph.* ad §. 1. I. h. t. *Gottl. Wernsdorff* observatio de familiae emtore ipso herede in testamento per aes ad libram condito. Wittenb. 1780.

(2) Warum er sagte tabulis cerisve, erklärt *Bynkershoek* obs. iur. rom. lib. 3. cap. 21.

§. 439. Fortsetzung.

Der Prätor erfand eine kürzere, also die dritte Art zu testiren. Er erklärte in seinem Edict, daß er ein Testament als gültig ansehen, und dem eingesetzten Erben die Verlassenschaft (bonorum possessionem) zusprechen wolle, wann es von sieben Zeugen untersiegelt sey. Also ein mündliches Testament hatte diese Würkung nicht, nur ein schriftliches. (* 1).

Die Anmerkung sagt: sieben Zeugen erforderte der Prätor vermuthlich darum, weil im Testament per aes et libram fünf Zeugen, ein antestatus und ein libripens, also zusammen 7 Personen gegenwärtig waren; und aus demselben Grunde ist auch wohl nach den neuesten Gesetzen in den Testamenten diese Zahl von Zeugen erforderlich. (* 2).

(1) *Pufendorf* Tom. 1. obs. 138. p. 362. seqq.

(2) *Frid. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium in testamentis Lips. 1731. sucht den Grund in der von den Alten geglaubten Vollkommenheit der Zahl sieben.

§. 440. Fortsetzung. Definition eines Testaments.

Endlich die vierte Art von Testamenten ist das testamentum ex constitutionibus Principum. Nemlich die Kayser behielten etwas von den Regeln des testamenti per aes et libram und des prätorischen Testamentes bey. Von jenem die unitatem actus, (* 1) von diesem das Untersiegeln der Zeugen; erforderten aber auch die Unterschrift der Zeugen und des Testators, und diese neueste Art zu testiren wollen wir dann im gegenwärtigen und folgenden Titeln kennen lernen. Vor allen Dingen aber müssen wir die Definition eines Testaments genau überlegen. Man versteht darunter einen letzten Willen, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist, und die Einsetzung eines directen Erben enthält. (* 1).

(1) Denn die Testamentserrichtung per aes et libram war eine feyerliche Handlung, solche Handlungen aber mußten uno contextu geschehen. *Vinn.* ad §. 3. h. t.

§. 441. Erklärung dieser Definition.

Das Testament ist demnach 1) **ein letzter Wille**; das heist ein einseitiger Wille, der erst nach dem Tode vollkommen ist. Es ist also a) **ein einseitiger Wille.** Wann ich meinen Willen zum Besten eines andern erkläre, und der andere diese Erklärung acceptirt: so ist voluntas bilateralis, ein Vertrag vorhanden. Wann ich aber meinen Willen allein erkläre, ohne daß ihn ein anderer acceptirt; so ist es voluntas unilateralis, eine einseitige Willenserklärung. Von dieser Art ist das Testament. Wer dergleichen macht, will nicht, daß der Erbe seine Einsetzung acceptiren soll. Der Erbe erfährt auch oft nichts davon, und wann er sie erfährt, so acceptirt er sie doch nicht; und gesetzt, daß er sie acceptirte, so würde die Acceptation nichtig, und ohne Wirkung seyn. (*1) b) Der letzte Wille ist erst nach dem Tode vollkommen; das heist, er giebt demjenigen, zu dessen Besten er gereicht, nicht eher ein vollkommenes und unwiderrufliches Recht, als bis der Disponent, das heist bis der todt ist, welcher den letzten Willen erklärt hat.

Das Testament enthält 2) eine **Erbeseinsetzung.** Erbe nemlich heist der, welcher alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bekommt, welche nicht ganz persönlich sind, das ist alle Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer Person auf die andere übergehen können. Im Titel de heredibus instituendis wird dieser Begriff weiter entwickelt werden.

3) Im Testament wird ein **directer Erbe** ernennt. Wer nemlich die Erbschaft unmittelbar vom Verstorbenen erhält, heist *heres directus*; wer sie aber aus den Händen eines andern Erben bekommt, heist *heres obliquus*, oder *fideicommissarius*. Man stelle sich vor, ich verordne: A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang geniessen, nach seinem Tode aber soll sie auf den B. und nach dessen Tode an C. fallen. Hier ist A. heres directus; B. und C aber sind heredes fideicommissarii oder obliqui. Ein letzter Wille, der ein Testament seyn soll, muß nothwendig die Einsetzung eines directen Erben enthalten, (*2) und ein solcher Erbe kann auch nirgends anders, als in einem Testamente ernennt werden. Ein fideicommissarischer Erbe hingegen kann auch auf andere Art eingesetzt werden, wie wir §. 506. sehen werden.

Die **Anmerkung** lehrt: nach den alten Gesetzen mußte die Erbeseinsetzung befehlsweise geschehen. Titius heres esto, Titium heredem instituo, u. d. g. Bittweise: z. E. Titium rogo ut heres sit, konnte sie nicht abgefaßt werden. Der Grund liegt darin, weil

die Testamente als Gesetze angesehen wurden; (§. 438.) aber nach dem neuen römischen Recht und heutigestages kann der Testator eine jede beliebige Formel gebrauchen.

(1) Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 180. Seite.

(2) Auch in den privilegirten Testamenten (§. 443.) muß ein Erbe ernennt werden, wann sie als Testamente gelten sollen; und das römische Recht ist in diesem Stück bey uns angenommen. *Ioh. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos hered. instituendi forma, pag. 43.

§. 442. Fortsetzung.

Das Testament ist eine Willenserklärung. Daraus folgt 1) daß niemand ein Testament machen kann, als wer den Gebrauch seiner Vernunft hat. Im Titel quibus non est permissum facere testamentum wird dieser Satz weiter aus einander gesetzt werden.

2) Da man seinen Willen auf zweyerley Art, mündlich und schriftlich erklären kann: so giebt es auch zweyerley Arten von Testamenten, mündliche, *nuncupativa*, und schriftliche, *scripta*. (* 1).

3) Das Testament enthält eine Erbeseinsetzung, und der Erbe ist ein Successor in alle Rechte des Verstorbenen. Hieraus folgt, daß, wer ein Testament machen will, über sein ganzes Vermögen disponiren müsse.

Niemand 4) kann pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. Das heist, es geht nicht an, daß von mehreren Erben Eines und desselben Verstorbenen einige als Testamentserben, und die übrige als Intestaterben succediren. Die Regeln der testamentarischen und Intestaterbfolge sind so verschieden, daß man sie nicht beyde zusammen bey Einer Erbschaft anwenden kann. Earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus sagt Pomponius in der L. 7. de reg. iur. Wann ich meine Intestaterben A. B. C. im Testament einsetze, und ihnen einen Fremden D. beyfüge: so erben zwar diese Personen zusammen, aber alle als Testamentserben. Die Regel übrigens, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (* 2) ist fruchtbar an practischen Folgen. Es folgt daraus a) daß, wann ich einen Menschen nur auf einen Theil meines Vermögens, z. E. auf ein Drittheil einsetze, ohne zu bestimmen, wer die übrige zwey Drittheile haben soll, der eingesetzte Erbe alles bekommt. Dann wer soll sonst die zwey Drittheile haben? Die Erben ab intestato? Auf diese Weise würde ich pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. b) Wann ich einen auf eine gewisse Zeit, z. E. nur auf 10 Jahre zum Erben ernenne, ohne zu sagen, wer nach diesen 10 Jahren die Erbschaft haben soll: so bleibt er beständig Erbe. Wem will man

nach

nach Verlauf der 10 Jahre die Erbschaft geben? Die Intestaterben können sie nicht verlangen, weil dies der eben angeführten Regel, nemo pro parte testatus etc. zuwider wäre. c) Gesetzt, ich ernennte jemanden zum Erben, dergestalt, daß er erst nach 10 Jahren von meinem Absterben an, die Erbschaft haben sollte, und hätte doch nicht verordnet, wer Erbe in den ersten 10 Jahren seyn soll. In diesem Falle bekommt der Eingesetzte die Verlassenschaft sogleich nach meinem Tode, und nicht die Intestaterben. L. 41. pr. D. de testam. mil. L. 34. L. 88. pr. D. de hered. instit. L. 7. §. 10. D. de minor. Der Grund ist wie vorhin. Wollte man in den ersten 10 Jahren die Intestaterben zulassen, so würde ich anfangs intestatus, nachher testatus seyn. Daß es übrigens in Deutschland Fälle giebt, wo einer pro parte testatus, pro parte intestatus stirbt, zeigt Heineccius. (*3). Ausser diesen Fällen aber gilt die römische Regel auch bey uns. (*4).

5) Zwey oder mehr Testamente können nicht zugleich gelten. Denn in jedem ist ein Erbe ernennt; jeder Erbe ist ein successor im ganzen Vermögen; nun kann aber nicht der eine das ganze, und der andere auch das ganze erben. Stirbt also jemand, und man findet mehrere Testamente von ihm: so gilt nur eines, und zwar:

6) Das letzte. Dann ein Testament ist ein einseitiger Wille. Der Erbe bekommt kein unwiderrufliches Recht, so lang der Testator lebt. Dieser ist also befugt, sein Testament so oft zu ändern, als es ihm gefällt. Man drückt dieses sonst auch also aus: voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem.

(1) Man s. von diesem Unterschied *Ferd. Aug. Hommel* diss. de scriptura eiusque necessitate in testamento nuncupativo Lips. 1729.

(2) Eine weitläuftige Abhandlung über diese Regel hat *Marckart* in interpret. recept. lect. lib. 2. cap. 24.

(3) *Heinecc.* elem. inr. germ. lib. 2. tit. 7. §. 200. Tom. 1. pag. 515.

(4) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obj. 18.

§. 443. Fortsetzung.

Der letzte Character in der Definition des Testaments war: es ist ein Wille, der nach gesetzlicher Vorschrift erklärt ist. Man kann nemlich sein Testament unter öffentlicher Autorität, man kann es auch *privatim* machen. Im ersten Fall heist es *publicum*, im letzten *privatum*. Das publicum wird entweder vor dem Landesherrn, oder vor dem Richter gemacht, das privatum vor keinem von beyden.

Publice also mache ich mein Testament, a) wann ich zu dem Landesherrn gehe und ihm mündlich sage, wer mein Erbe seyn soll; oder b) ihm mein Testament schriftlich überreiche. c) Wann ich ihn ersuche, mir Deputirte zu schicken, und vor diesen mein Testament mündlich mache; oder d) diesen Deputirten es geschrieben übergebe. e) Wann ich mich zu dem Richter verfüge, und ihm meinen letzten Willen mündlich eröffne. (* 1) f) Wann ich ein schriftliches Testament im Gericht hinterlege. Ferner g) wann ich den Richter ersuche, in Person zu mir zu kommen, oder Deputirte zu schicken, und nun meinen letzten Willen mündlich erkläre. Endlich h) wann ich dem Richter oder seinen Deputirten die zu mir gekommen sind, das Testament schriftlich zustelle. (* 2) In allen diesen Fällen sind keine Solennitäten, z. E. keine Zeugen nöthig. Der Landesherr und Richter sind statt aller Solennitäten. Der Richter braucht auch nicht competent zu seyn; das heist ich kann mein Testament bey jedem Richter machen, auch bey einem solchen, unter dem ich nicht stehe. (* 3).

Hingegen das Privattestament erfordert der Regel nach manche Feyerlichkeiten, und zwar bey Strafe der Nichtigkeit; das heist, wann nur eine einzige der vorgeschriebenen Solennitäten unterbleibt: so ist das ganze Testament ungültig. Ich sage der Regel nach; dann es giebt Fälle, wo bey einem Privattestament alle, es giebt auch solche, wo einige Feyerlichkeiten unterbleiben können, ohne daß das Testament ungültig wird. Daher theilt man die Privattestamente in solenne und nicht solenne oder privilegirte ein. Solenne heisen die, bey welchen alle vorgeschriebene Feyerlichkeiten zu beobachten sind. Nicht solenne oder privilegirte, bey welchen sie unterbleiben können. (Man s. die zu diesem §. gehörige Tabelle.) Der gegenwärtige Titel handelt von solennen, der folgende von nicht solennen Testamenten.

Uebrigens muß ich noch anmerken, 1) daß wann jemand behauptet, der Testirer habe erforderliche Solennitäten nicht beobachtet, er den Beweiß führen muß. (* 4). Dann für jedes Document streitet, wie die Juristen sich ausdrücken, praesumtio solennitatis. 2) Wann eine Kleinigkeit bey einem Testament versehen, man aber doch versichert ist, daß es des Testators Willen, und kein Betrug dabey passirt sey: so muß es der Richter aufrecht erhalten. (* 5).

(1) Ob der Richter nothwendig ein Protocoll darüber führen müsse, untersucht *Lauterbach* diss. de testamento iudiciali th. 23. und *Nettelbladt* diss. de testam. nuncupativo in scripturam redacto cap. 1. §. 13.

(2) Ob man dem Richter ein Testament durch einen Bevollmächtigten überschicken könne, ist zweifelhaft; doch ist die bejahende Meynung die richtigste. Dann ein Bevollmächtiger ist in allen Fällen zulässig, wo die Gesetze die Gegenwart des Principals nicht ausdrücklich erfordern. Nur muß der Bevollmächtigte eine specielle Vollmacht beybringen, oder es muß auf andere Art erwiesen werden, daß die

die Uebergabe mit des Testirers Willen geschehen sey. *Ioh. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma pag. 24. seqq. Decis. Cassel. Tom. 1. Decis. 21. Strube rechtl. Bed. 1. Theil. 317. Seite, 4. Theil 230. Seite. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. Stück, 134. Seite. Der gegentheiligen Meynung sind *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 197. et animadv. 81. *Cramer* obs. iur. univ. Tom. 1. Obs. 17. *Spis* diss. de testamento per procuratorem non insinuando (Altorf. 1742.) §. 3. seqq.

(3) Dies ist wenigstens in unserer Praxis ganz ausgemacht, obgleich verschiedene Juristen, z. E. *Merenda* in controvers. iur. Lib. 3. cap. 47. nach dem römischen Recht im gerichtlichen Testament sieben Zeugen erfordern. Man sehe auch *Fachinaei* controv. iur. lib. 6. cap. 86.

(4) *Wahl* l. c. p. 37. Strube rechtl. Bed. part. 5. pag. 46. *Pufendorf* tom. 2. obs. 144. pag. 498.

(5) *Leyser* spec. 500. med. 12. Decis. Cassell. Tom. 2. Dec. ult. n. 16.

§. 444. Solennitäten, welche in den Privattestamenten nöthig sind.
Unitas temporis et actus.

In jedem Privattestament werden nach der Regel folgende Solennitäten erfordert, 1) muß *unitas temporis* und *actus* beobachtet werden. Unitas temporis, das heist, das Testament muß auf einmal gemacht werden, es gehet nicht an, daß man es heute anfange, morgen fortsetze, und übermorgen endige. Unitas actus, das ist, während des actus testandi darf keine andere fremde Handlung vorgenommen, kein Contract geschlossen werden. Man denke sich den Fall: ich erkläre meinen letzten Willen mündlich; als ich den Erben ernennt, und nun an die Vermächtnisse komme; unter andern der Kirche mein Haus vermache: so ersucht mich einer der Zeugen, ihm es zu verkaufen, und der Kirche lieber das Geld zu vermachen. Ich willige in diesen Antrag, der Kauf wird richtig, und nun fahre ich mit der Eröffnung meines letzten Willens fort. Dieses Testament ist ungültig, weil der actus testandi, durch einen Kaufcontract unterbrochen worden ist. (* 1)

Um übrigens beurtheilen zu können, ob der actus testandi zu Einer Zeit und ununterbrochen vorgenommen worden sey: muß man den Punct wissen, wo er anfängt, und wo er sich endigt. In dem mündlichen Testament fängt er an, wann der Testator die Zeugen ersucht, seinen letzten Willen anzuhören, und ist geendigt, wann der Testirer mit seiner Erklärung fertig ist. Im schriftlichen fängt er an, wann der Testator die Zeugen bittet, seinen Willen zu unterschreiben, und zu untersiegeln; und hört auf, wann der letzte Zeuge untersiegelt hat. Der Testator kann also Wochen, Monate und Jahre lang an seinem Testamente schreiben. Dieß ist der Einheit der Zeit nicht entgegen.

Nur

Nur von dem Augenblick an, da er die Zeugen um Unterschrift und Untersiegelung ersucht, muß keine Unterbrechung mehr geschehen.

(1) Einige behaupten, daß während des Testamentactus allerdings ein Contract geschlossen werden könne. *Hoenonii* disp. iurid. lib. 1. disp. 7. thes. 6. wenigstens nach unsrer Praxis. Z. E. *Carpzov.* part. 3. const. 5. def. 20. *Esbach* ad *Carpzov.* part. 3. const. 3. def. 10. nr. 4. aber andere widersprechen mit Grund. *Cocceji* iur. contr. tit. qui test. fac. poss. Quaest. 10. *Struv.* Ex. 32. th. 10. *Wernher* P. 5. obs. 38. Doch glaubt letzterer P. 3. obs. 163. daß diese Verordnung nur auf mündliche Testamente passe. So viel ist gewiß, daß eine einseitige Handlung des Testators, wenn er z. E. im Testament ein Grundstück einem seiner Erben für eine gewisse Summe anschlägt, dem Testament unschädlich ist.

§ 445. Fortsetzung. Gegenwart von sieben Zeugen.

Das Privattestament erfordert 2) sieben Zeugen, der Grund dieser Anzahl ist oben erklärt worden. (§. 439.) (* 1). Diese müssen *specialiter rogati* seyn, das heist: sie müssen entweder zu dem Ende zusammen gerufen werden, daß sie Testamentszeugen seyn sollen; oder wann sie aus einer andern Ursache schon versammelt sind: so muß man ihnen erklären, daß man sie zu Zeugen anrufe. Wann jemand in der größten Gesellschaft erklärte, wer ihn erben sollte, und nicht ersuchte, daß sie Zeugen dessen seyn möchten: so gilt diese Erklärung nicht als ein Testament. Dieß ist nicht nur dem römischen Recht, sondern auch der Notariatsordnung Maximilians gemäß. In dieser heist es: es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Dinge unberufen zugegen wären, dazu ermahnt und besprochen werden. Der Grund dieser Vorschrift liegt theils darin, weil das Testament (per aes et libram) eine feyerliche Handlung war, und in dergleichen Handlungen eine solenne Requisition (rogatio) der Zeugen erfordert wurde; theils aber ist er darin zu suchen, daß diese Rogation den ernstlichen Willen des Testators zu erkennen giebt. Ohne sie weiß man nicht, ob die Erklärung ein ernstlich gemeynter letzter Wille oder ein blosser flüchtiger Gedanke war. Da die Rogation res facti ist, wie die Juristen reden: so wird sie nicht präsumirt, sondern muß erwiesen werden. (* 2) Uebrigens ist es nicht nöthig, daß der Testator selbst diese Rogation vornehme; dann ein anderer kann es in dessen Namen thun. Auch kann sie implicite geschehen; z. E. man ersuche den Herrn N. N. heute Nachmittag, Glocke vier zu kommen, und sein Pettschaft mitzubringen. (* 3). Diese Zeugen müssen ferner, wie L. 9. Cod. cit. sagt, *in conspectu testatoris* seyn. Was dieß heisse, ist sehr zweifelhaft. Dann a) kann es blos die Gegenwart, und b) den eigentlichen

lichen Anblick bedeuten. Jemand kann mir gegenwärtig seyn, ohne daß wir uns sehen, z. E. weil es stockfinster ist. Nimmt man es für den Anblick: so kann es bb) heissen, die Zeugen müssen wir sehen; endlich kann es auch cc) bedeuten, sie müssen beyde einander sehen. Wann der Testator z. E. hinter einem Vorhange liegt, und durch eine Spalte sieht: so kann er die Zeugen, sie aber ihn nicht erblicken. Ist der Testator blind: so sehen ihn die Zeugen, er sie aber nicht. Man bemerke also 1) soviel ist gewiß, der Testator braucht nicht sehend zu seyn, dann auch blinde können testiren. 2) Ob ein Blinder, Testamentszeuge seyn kann, ist zweifelhaft. Laurich (*4) läßt ihn zu, aber anderer Meynung ist Koch (*5). Das ist nicht zu leugnen, daß ein Testament ungültig seyn würde, bey welchem sieben blinde Zeugen gewesen wären. Wann aber Einer oder einige blind gewesen wären, und wenigstens zwey sehend: so glaube ich nicht, daß das Testament mit Grund angefochten werden könne. 3) Wann die Zeugen den Testator nicht sehen, weil es finster im Zimmer, weil ein Vorhang, eine spanische Wand, und dergl. zwischen ihnen ist: so ist das Testament ungültig; (*6) dann die certitudo voluntatis fehlt; das heist, man ist nicht versichert, daß der, welcher das Testament gemacht hat, auch derjenige wirklich gewesen ist, für den er sich ausgegeben hat. Wie leicht ist bey diesen Umständen ein Betrug möglich.

Endlich müssen auch die Zeugen fähig seyn, bey einer feyerlichen Handlung gegenwärtig zu seyn; also daß sie glaubwürdige Leute sind, ist nicht genug. Daher können folgende Personen nicht im Testamente zu Zeugen gebraucht werden. Weibspersonen, Unmündige, Sklaven, Wahnwitzige, Taube, Stumme, Verschwender, (solche nemlich die von der Obrigkeit förmlich dafür erklärt sind,) Leute, die wegen eines öffentlichen Verbrechens zur Strafe gezogen worden sind; nach dem canonischen Recht alle Ehrlose. Weiter darf der Erbe selbst nicht unter den Zeugen seyn; dann er und der Testator werden als eine Person angesehen; wann er also Zeuge seyn wollte, so wäre es eben so viel, als ob der Testator selbst Zeuge wäre. Endlich müssen auch die Zeugen durch keine Verbindung der väterlichen Gewalt verhindert werden. Nemlich a) der Zeuge darf nicht in des Testators väterlicher Gewalt seyn, das heist, wann ich ein Testament mache: so kann ich meine eigene filios familias nicht zu Zeugen brauchen. Der Grund ist, weil ich und sie eine Person sind. Eben so wenig gehet es b) an, daß der Testirer in des Zeugen Gewalt sey; das heist, wann der filius familias ein Testament macht: (§. 466.) so kann der Vater nicht Zeuge seyn. (*7). c) Der Zeuge darf ferner nicht in des Erben väterlicher Gewalt stehen; wann ich den A. zum Erben ernenne: so kann ich dessen filios familias nicht als Zeugen zuziehen. d) Der Erbe muß nicht in des Zeugens

väterlicher Gewalt seyn; das ist, wann ich einen filium familias zum Erben einsetze, so kann dessen Vater nicht Testamentszeuge seyn. e) Der Zeuge und Erbe sollen nicht in einerley väterlicher Gewalt seyn; oder wann ich von zwey Brüdern, die noch filii familias sind, einen einsetze: so kann der andere im Testament nicht zeugen. Der Grund aller dieser Regeln liegt in der persönlichen Einheit des Vaters und des Sohnes. f) Die blose Blutsfreundschaft schadet nichts. Ich kann also meine Söhne, wann sie aus der väterlichen Gewalt gegangen sind, in meinem Testamente als Zeugen gebrauchen; ich kann die Söhne meines Erben dazu nehmen, wann sie sui iuris sind, u. s. w. (* 8). g) Die Verbindung der Zeugen unter sich schadet ebenfalls nichts. Es gehet also an, daß ein Zeuge filius familias des andern Zeugen ist. Sogar wann ein Vater sechs mündige Söhne hat, die noch alle in seiner Gewalt sind: so kann er mit ihnen zu einem Testament gezogen werden. Endlich h) können auch die legatarii und fideicommissarii singulares Zeugen im Testament seyn. (* 9).

(1) Man sehe *Ferd. Aug. Hommel* diss. de numero septenario testium.

(2) *Vinnius* h. t. n. 6.

(3) *Boehmer* consult. et decis. Vol. 1. Dec. 649. n. 12. 13. Dec. 651. n. 20.

(4) Diss. de coeco idoneo in testamento teste Lips. 1773.

(5) Progr. de conspectu testatoris. Giss. 1775. Man sehe auch Walch controv. pag. 214.

(6) *Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 36.

(7) *Vinnius* ad §. 9. h. t. n. 3.

(8) Verschiedene Juristen behaupten zwar, daß jede Verbindung des Zeugen mit dem Erben zum Zeugniß im Testament unfähig mache. Man sehe Hertels Thee- und Caffeetasse 16. und 17. Gout. Aber unsere Meynung ist den Gesetzen gemässer. In dem §. 10. I. h. t. heist es ausdrücklich: neque heres scriptus, neque is, qui *in potestate* eius, neque pater eius, qui eum habet *in potestate*, neque fratres, qui in eiusdem *patris potestate* sunt, testes adhiberi possunt. Und in der L. 20. pr. D. qui testam. fac. poss. hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat, ut puta si impubes, si in *potestate sit testatoris*. Auch in der Notariatsordnung Max. I. heist es: die so in der Gewalt des Testirers seyn, könnten nicht zu Zeugen genommen werden. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 327. Seite. *Molitor* diss. decisiones ex praxi Moguntina continens (Mogunt. 178.) decis. 2.

(9) §. 11. I. h. t. ibique *Vinnius*. Eine sehr umständliche Abhandlung der Frage, welche Personen im Testament Zeugen seyn können, hat *Guil. Masius* singular. opin. lib. 6. cap. 17. 18. 19. 20. pag. 728. 758.

§. 446.

§. 446. Erfordernisse des schriftlichen Testaments.

Bisher haben wir die Feyerlichkeiten kennen gelernt, die in jedem Testamente, es sey mündlich oder schriftlich, beobachtet werden müssen. Das schriftliche Testament aber erfordert insonderheit noch 3) daß der Testator es selbst schreibe oder unterschreibe. Im ersten Fall heist es *holographum*, im letzten *allographum*. Also in dem holographo ist die Unterschrift des Testators nicht nöthig. In dem *allographo* aber ist sie erforderlich, und muß, welches wohl zu bemerken ist, in Gegenwart der Zeugen geschehen. Nach den Gesetzen ist nur nöthig, daß der Testator einmal, am Ende unterschreibe. Indessen ist es gewöhnlich und rathsam, daß er auf allen Blättern unterschreibt. Wann der Testator nicht schreiben kann, weil er es entweder nie gelernt hat, oder jetzt durch die Krankheit daran verhindert wird: so muß er noch einen achten Zeugen zuziehen; und dieser unterschreibt seinen eigenen, nicht des Testators Namen; z. E. Titius in des Herrn Testators Namen.

Nach der Note hat Justinian zwar in den Institutionen und dem Codex vorgeschrieben, daß der Testator mit eigener Hand, oder wann er nicht schreiben kann, ein Zeuge den Namen des Erben schreiben solle. Aber in der angeführten Novelle ist diese Verordnung wieder aufgehoben. (* 1)

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 2. pag. 15.

§. 447. Fortsetzung.

Die Zeugen müssen 4) das Testament unterschreiben, (* 1) und untersiegeln. Bey den Römern mußten sie mit einem Siegelring siegeln; (* 2) heutiges Tages ist es einerley, ob es mit einem Siegelring, oder mit einem andern Pettschaft geschieht. (* 3). Auch ist nicht nöthig, daß jeder sein eigenes Pettschaft habe; sie können mit geliehenen Pettschaften; L. 22. §. 2. D. qui testam fac. poss. L. 12. C. de testam. ja sie können alle mit einem Pettschaft siegeln. Doch muß es ein wirkliches Pettschaft seyn, was sie gebrauchen; eine Münze kann in diesem Fall nicht statt eines Pettschafts gelten.

(1) Und zwar ist genug, daß sie ihren Namen unterschreiben, daß sie hinzusetzen, als Testamentszeuge ist nicht nöthig. *G. L. Boehmer* diss. de testam. signato et subscripto in involucro, §. 2. in Elect. iur. civ. Tom. 1. pag. 49. seqq.

(2) L. 22. §. 5. D. qui testam. fac. poss. sagt: magis est, ut tantum annulo quis possiet signare. Die Ursache untersucht *Herm. Cannegieter* obs. lib. 1. cap. 13. Der Ring war ein Symbol der Festigkeit und Gültigkeit.

(3) *Graffi* collat. iur. rom. cum recess. Imper. pag. 134.

§. 448. Sprache des Testaments.

Die Sprache, worinn jemand ein schriftliches Testament machen, und das Formular, dessen er sich bedienen will, ist willkührlich. Nur muß er es mit Buchstaben, nicht mit ungewöhnlichen Characteren schreiben. Die Zahlen mit Ziffern zu schreiben, ist nicht verboten. (* 1). Auch die Materie, worauf er es schreiben will, ist gleichgültig, (* 2). Die Römer schrieben vieles in cera, das heist auf Tafeln von Lindenholz, die ganz dünne mit schwarzem Wachs überzogen waren, so daß man mit einem Griffel die Buchstaben in das Wachs eingrub, und die weise Tafel hervorleuchtete. Mann kann auch das Testament auf charta deletitia und οπισθογραφος schreiben, wann es nur zu lesen ist. Was das erste für Papier war, ist zweifelhaft. Einige sagen, es sey eine Papierart gewesen, von der man die Schrift mit einem Schwamme habe abwaschen können, andere verstehen mit unserm Autor ein Papier darunter, auf dem eine Schrift gestanden hat, die aber wieder ausradirt worden ist. Οπισθογραφος charta heist Papier, dessen eine Seite schon zuvor mit etwas anders beschrieben ist. (* 3).

(1) *Muller* ad *Struv.* Ex. 32. th. 10. lit. E.

(2) *G. L. Boehmer* diss. cit. §. 2. in elect. p. 36. seqq.

(3) *Textor* diss. de opistographo, in diss. academ. Part. 1. pag. 426. seqq.

§. 449. Erfordernisse des mündlichen.

Bey dem mündlichen Testament ist nichts erforderlich, als daß der Testator vor sieben erbetenen testamentsfähigen Zeugen, in einer Sprache, die sie verstehen, seinen letzten Willen mündlich erklärt. Also die Zeugen müssen die Sprache des Testators verstehen, welches bey dem schriftlichen Testament nicht nöthig ist. (* 1). Meistens bringen die Zeugen, die ein mündliches Testament angehört haben, es zu Papier, um den Inhalt nicht zu vergessen. Durch diese Handlung wird das mündliche Testament nicht in ein schriftliches verwandelt. Der Satz ist wichtig wegen seiner Folgen. Wann nemlich dieser von den Zeugen gemachte Aufsatz die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat; z. E. die Unterschrift des Testators fehlt; nicht alle Zeugen haben unterschrieben; er ist nicht untersiegelt: so ist deswegen das Testament nicht ungültig. Dann dieses ist mündlich gemacht, und muß mit dem Aufsatz, welchen die Zeugen verfertigt haben, nicht verwechselt werden. (* 2).

(1) Vinn. ad §. 14. I. h. t. n. 2.

(2) Man s. von dieser Art Testamente *Nettelbladt* diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Hal. 1753.

§. 450.

§. 450. Deutsches Recht.

Heutigestages werden zwar viele Privat- und feyerliche Testamente gemacht; aber eben so oft macht man auch gerichtliche Testamente, und es ist rathsamer diese Testirart zu wählen, weil es leicht möglich ist, einen Fehler bey einem Privattestamente zu begehen, wodurch es nichtig wird. Seltner sind die Testamente, welche sich auf landesherrliche Autorität gründen, doch sind sie nicht ganz ausser Uebung. Nach dem canonischen Recht gilt ein Testament, das vor dem Pfarrer und zwey Zeugen verfertiget ist; aber an wenigen Orten, selbst in catholischen Ländern, ist diese Verordnung angenommen. (* 1). In manchen Provinzen und Städten hat man eigene Gesetze oder Gewohnheiten in dieser Materie, z. E. in der Reichsstadt Frankfurt gilt ein Testament das vor drey Rathsverwandten errichtet ist; im Würtenbergischen sind fünf Zeugen hinlänglich. Wann übrigens ein Testament den Gesetzen des Ortes, wo es gemacht wurde, gemäß ist: so gilt es an allen Orten; obgleich an diesen andere Solennitäten vorgeschrieben sind. (* 2). Wann z. E. ein Hessen-Darmstädtischer Unterthan nach Frankfurt reiset; dort sein Testament vor drey Rathsverwandten macht, und es mit zurück in das Darmstädtische bringt: so ist es hier gültig, obgleich das römische Recht in dieser Lehre bey uns gilt. Dann die Regel ist überhaupt: wann die Rede von der Gültigkeit eines iuristischen Geschäfts ist: so muß man auf die Gesetze desjenigen Orts sehen, wo das Geschäft vorgenommen worden ist.

Zuweilen wird ein Notarius mit zwey Zeugen zu dem Testamentsactus genommen, welcher dann über die ganze Handlung ein Instrument errichtet. Wozu dient dies? Bey dem schriftlichen Testament hat es den Nutzen: man kann aus dem Notariatsinstrument sogleich beweisen, daß bey der Verfertigung des Testaments alle Solennitäten beobachtet worden sind; daß z. E. die Zeugen gehörig rogirt worden; daß sie den Testator gesehen haben, daß Einheit der Zeit und Handlung beobachtet worden sind. Bey dem mündlichen Testament hat dieses Instrument noch einen größern Nutzen. Man kann daraus den Inhalt des Testaments beweisen, und es ist nicht nöthig, die Zeugen eidlich darüber zu vernehmen. (* 3).

(1) *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, pag. 33. seqq.

(2) *Hert* Dec. 503. n. 12. *Heineccii* diss. de testamenti fact. iur. Germ. arctiss. limit. passim circum scripta §. 30. in opusc. pag. 962. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 28. p. 59. doch sehe man *Reinhart* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 32. nr. 3. Vol. 4. obs. 13.

(3) *Hert* Dec. 645. n. 5. Strube rechtl. Bed. 4. Theil. 46. Seite.

TIT. XI.

De militari teſtamento.

§. 451. Was ſind privilegirte Teſtamente?

Wer ein Privatteſtament machen will, muß der Regel nach alle vorgeſchriebene Solennitäten beobachten, ſonſt iſt ſein letzter Wille nichtig. Indeſſen giebt es einige Teſtamente, worinn 1) gar keine Solennitäten nöthig; andere 2) worinn von den gewöhnlichen nur einige zu beobachten, die übrige nachgelaſſen ſind; noch andere 3) worinn ſtatt der gewöhnlichen, ganz eigne beſondere Feyerlichkeiten beobachtet werden müſſen, deren aber doch nicht ſo viele, als der gewöhnlichen ſind. Dieſe drey Gattungen von Teſtamenten heiſen *privilegiata*, oder *minus ſolennia*. Ich ſage es giebt Teſtamente, worin alle Solennitäten nachgelaſſen ſind. Dahin gehört a) das Teſtament eines Soldaten, und b) das, worinn eine *pia cauſa* eingeſetzt wird. Die, worin einige Solennitäten fehlen dürfen, ſind a) das zur Peſtzeit, b) das auf dem Land verfertigte, und c) eines worinn die Inteſtaterben eingeſetzt ſind, die in einem vorhergehenden letzten Willen ausgeſchloſſen waren. Endlich ein Teſtament, in welchem ganz eigene Solennitäten vorgeſchrieben ſind, doch weniger als bey den ſolennen Teſtamenten, iſt das, welches Eltern unter Kindern machen.

§. 452. Vom militariſchen Teſtament.

Das erſte Teſtament alſo, welches gar keiner Solennitäten bedarf, iſt das militariſche. Schon in den älteſten Zeiten, vor den Geſetzen der 12. Tafeln, hatten die Römer ein privilegirtes militariſches Teſtament. Wann nemlich die Soldaten zum Treffen aufmarſchirten, ihre Schilder ergriffen, und die Toga auf gewiſſe Art um ſich wickelten, um bequemer fechten zu können, (welches cinctus gabinus hies:) ſo konnten ſie vor drey Zeugen einen Erben ernennen. Dies Teſtament hies *teſtamentum procinctum* oder *in procinctu factum*. In den neuern Zeiten kam es auſſer Uebung. (* 1). Das letzte Exempel findet man bey Velleius Paterc. am a. O. um das Jahr 610. Zu Cicero's Zeiten hatte man dieſe Teſtamente nicht mehr. (* 2). Indeſſen gaben Julius Cäſar, nachher Titus, Domitianus, Nerva und endlich Trajan den Soldaten das Recht, ohne Solennitäten zu teſtiren wieder. Ulpian ſagt alſo mit Grunde, daß ſich das militariſche Teſtament in den Verordnungen der Kayſer gründe.

(1) Ci-

(1) Cicero de nat. Deor. Lib. 2. cap. 3.

(2) Ausführlich hat von dieſer Materie gehandelt *Schott* diſſ. de teſtamento in procinctu facto, in opuſc. pag. 126.

§. 453. Grundſätze von demſelben.

Die bey dieſem Teſtament feſtgeſtellte Grundſätze ſind: 1) die Urſache des militariſchen Privilegiums bey Teſtamenten iſt *functio periculorum*; das heiſt die Lebensgefahr, worin der Soldat ſchwebt, iſt der Grund, warum er nicht an die gewöhnliche Teſtamentsfeyerlichkeiten gebunden iſt. Juſtinian ſagt zwar im pr. Inſt. h. t. die Unwiſſenheit, und Trajan in der L. 1. D. de teſtam. milit. die *ſimplicitas militum* ſey der Grund; allein auf dieſe Weiſe müßten alle Bauern ein gleiches Recht haben, bey denen dieſelbe Unwiſſenheit und ſimplicitas ſtatt findet. Die wahre Urſache iſt alſo vielmehr die vorhin angeführte: periculorum functio.

Aber es fragt ſich 1) wie iſt dieß zu verſtehen; heiſt es ſo viel, die Soldaten haben zur Belohnung für die Lebensgefahren, denen ſie ſich zum Beſten des Staats ausſetzen, dieſes Privilegium; ſie können ſich deſſen alſo zu allen Zeiten und an allen Orten bedienen, oder heiſt es: der Soldat iſt deswegen privilegirt, weil er in der dringenden Lebensgefahr auſſer Stande iſt, die gewöhnliche Feyerlichkeiten zu beobachten; er iſt alſo nur privilegirt, wann und ſo lang er in Lebensgefahr iſt. Ich halte die letzte Erklärung für die richtigſte. Dann es wäre ein ſeltſamer Gedanke, einen Menſchen, der ſein Leben für den Staat wagt, damit belohnen zu wollen, daß man ihm erlaubte, ein Teſtament ohne Feyerlichkeiten zu machen.

2) Der Soldat iſt auf doppelte Art privilegirt, a) in Anſehung der Marie, b) in Rückſicht auf die Form des Teſtamentes; das heiſt er iſt a) nicht ſchuldig in ſeinem Teſtamente die Verordnungen zu machen, welche ein paganus (d. i. Bürger, der nicht Soldat iſt,) zu machen verbunden iſt; (man ſehe den 454. §.) er iſt auch b) nicht verbunden, diejenige äuſſerliche Formalitäten zu beobachten, die der paganus beobachten muß. (§. 455.)

3) Wann der Soldat ſich ſeiner Privilegien bedienen will: ſo muß er in expeditione ſeyn. Was dies heiſſe, iſt abermals zweifelhaft. Nach der gemeinen Meynung iſt der Soldat nur alsdann in expeditione, wann er im Gefecht, oder dazu bereit iſt, das heiſt den feindlichen Angriff entweder erwartet, oder den Feind verfolget. Einige aber glauben, daß der Soldat allezeit in expeditione ſey, wann er da iſt, wo es der Dienſt erfordert, alſo auch im Winterquartier, in einer ruhigen Garniſon in Friedenszeiten ſey er in

expe-

expeditione. Nur in dem Fall, wann er mit Urlaub um seiner eigenen Angelegenheiten willen vom Regiment entfernt ist, sey er extra expeditionem. Die gemeine Meynung aber ist offenbar nach dem, was bey dem ersten Axiom gesagt worden, die richtigste. Der Soldat ist nicht in Gefahr, wann er nicht im Gefecht, auch nicht dazu bereit ist; also hat er auch nur in diesem Falle das Privilegium, und der §. 3. I. h. t. sagt ganz deutlich, ein Soldat könne *extra castra* nicht militarisch testiren. Nach den deutschen Gesetzen ist die Sache ausser Zweifel. Dann die angeführte Notariatsordnung giebt den Soldaten nur alsdann das Recht, ein privilegirtes Testament zu machen, wann sie im Felde, oder Uebung des Streits sind. In Friedenszeiten also haben sie es nicht; auch im Kriege nicht, wann sie im Winterquartier liegen, oder in einer ruhigen Garnison, wo kein Angriff zu befürchten ist. (* 1).

Noch wird darüber gestritten, ob der Soldat ausser der Expedition gar kein Privilegium in Ansehung des Testaments habe. Die gemeine Meynung ist er habe keines. Nur die beyden angeführten Schriftsteller (* 2) glauben, die Privilegien, welche dem Soldaten in Rücksicht auf die Form der Testamente zustehen, und die im §. 455. beschrieben sind, seyen auf die Expedition eingeschränkt. Die Vorrechte aber, welche ein Soldat in Ansehung der Materialien habe; (s. den §. 454.) kämen ihm zu, er möchte sich aufhalten, wo er wolle. Ohne Schein ist diese Meynung nicht, aber sie läßt sich doch nicht völlig erweisen.

(1) *Reinhart* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 9.

(2) Desgleichen *Henr. Io. Otto Koenig* diss. quamdiu valeat testamentum militare, pag. 11.

§. 454. Privilegien in Ansehung der Testamentsmaterie.

Die Privilegien, welche der Soldat bey der Materie oder bey dem Inhalt des Testaments hat, sind 1) daß er alle Personen zu Erben einsetzen kann; auch solche, die sonst nicht erbfähig sind, z. E. Ketzer, unprivilegirte Gesellschaften. (Man sehe §. 485. 486.) 2) Er kann seine Kinder, Eltern, und Geschwister enterben, und mit Stillschweigen übergehen. Sie können daher auch die Klage nicht gegen das Testament anstellen, welche den enterbten Kindern, Eltern und Geschwistern eines pagani zustehet, querelam inofficiosi. 3) Wann ihm nach Verfertigung seines Testaments noch ein Kind gebohren wird: so wird dadurch das Testament nicht ungültig; wofern er nemlich zur Zeit des Testaments gewußt hat, daß der posthumus kommen würde. L. 7. 8. D. L. 9. 10. de testam. mil. (* 1). 4) Er kann über einen Theil seines

seines Vermögens testiren, und in Ansehung des Ueberrestes die Intestaterbfolge gelten lassen. Z. E. wann der Soldat sagt: A soll mein Erbe seyn auf ein Drittheil meines Vermögens: so bekommt A auch nicht mehr, als ein Drittheil. Die anderen zwey Drittheile fallen auf die Intestaterben. Der Soldat kann also pro parte testatus, pro parte intestatus sterben. 5) Er kann mehrere Testamente machen. Dies ist so zu verstehen: wann ein Soldat mehrere Testamente hinterläßt, so streiten sie entweder mit einander, (z. E. in jedem ist ein Universalerbe ernennt,) oder nicht; z. E. in einem ist A auf $\frac{1}{4}$ im andern B auf $\frac{3}{4}$ eingesetzt; oder im ersten ist A zum Erben des Hauses, im zweyten aber B als Erbe des Landgutes eingesetzt, u. d. g. Streiten die Testamente nicht, so gelten sie alle. Streiten sie aber, so hat entweder der Soldat erklärt, daß sie zusammen gelten sollen, oder nicht. Hat er dieses erklärt: so gilt seine Declaration. Die mehrere eingesetzte Universalerben werden als Miterben angesehen, und theilen sich in die Erbschaft. (*2). Wann aber der Soldat eine solche Erklärung nicht gethan hat: so gilt das letzte Testament, und das erste wird für aufgehoben geachtet. 6) Ein Soldat kann einen directen Erben in einem Codicill ernennen. Dies ist eigentlich widersprechend; denn ein letzter Wille, worin ein directer Erbe ernennt ist, ist ein Testament, und ein Codicill heist der letzte Wille, welcher keine directe Erbeseinsetzung erhält. Indessen passirt dem Soldaten auch diese contradictorische Disposition. Wann nemlich ein Soldat declarirt, daß sein letzter Wille kein Testament, sondern ein bloses Codicill seyn solle, indessen darin doch einen directen Erben ernennt: so ist die Einsetzung gültig. 7) Er kann substituiren wie er will. Dieser Satz wird im 512. §. erst deutlich gemacht werden können. Endlich kann der Soldat 8) mehr vermachen, als das Falcidische Gesetz erlaubt. Auch dieser Satz läßt sich hier nicht erklären, sondern wird erst im 22ten Titel verständlich werden.

(1) Dieses Privilegium der Soldaten (n. 2. und 3.) ist durch die Nov. 115. cap. 3. 4. und Nov. 123. cap. 19. nicht aufgehoben; es gilt auch in der Praxis. *Harpprecht* diss. de testam. pagani in hostico, n. 116. *Reinharth* diss. de exheredat. bona mente p. 12. sqq.

(2) Wie aber, wann ein paganus im zweyten Testament sagte, er wolle hiedurch sein erstes Testament nicht aufgehoben haben; was ist Rechtens? Wenn aus der Erklärung des Testators oder aus den Umständen erhellet, daß das erste Testament als ein Fideicommiß gelten soll: so ist die Sache klar. Der im letzten Testament eingesetzte Erbe trit die Erbschaft an, und restituirt sie dem im ersten Testament ernannten. L. 12. §. 1. D. de iniusto rupto irr. Aber wenn dieß nicht erhellet, können nun beyde Testamente iure directo gelten, und die darin ernennte Erben als Miterben angesehen werden? *Stryk* caut. testam. cap. 24. §. 59. *Mollenbec.* diss. de duobus testam. simul validis,

cap. 1. §. 4. und andere behaupten, daß auch in diesem Falle das erste Testament nur als ein Fideicommiß bestehen könne. Ich bin aber von der Richtigkeit dieser Meynung nicht überzeugt.

§. 455. Privilegien bey der Testamentsform.

Die militarischen Privilegien bey der Form des Testaments sind 1) daß der Soldat zu dem schriftlichen Testamente gar keine Zeugen zu nehmen braucht. Es ist genug, wann man versichert ist, daß er es ge- oder unterschrieben habe. 2) Will er ein mündliches Testament machen: so hat er nur zwey Zeugen nöthig, und diese sind nicht der Solennität, sondern nur des Beweises wegen da. Sie brauchen also nicht rogirt zu seyn; er kann solche Personen zu Zeugen nehmen, die im Testamente eines pagani nicht zulässig sind, z. E. Weibspersonen. (§. 445.) 3) Nur das einzige wird erfordert, daß man versichert seyn muß, der Soldat habe im Ernst und wohlbedächtlich einen zum Erben eingesetzt. Wann er also discursweise zu seinem Cameraden sagt: du sollst mein Erbe seyn, du sollst einmal alles haben, wann ich sterbe: so kann dies nicht als ein Testament gelten.

§. 456 Anmerkungen über das militarische Testament.

Dieser Paragraph enthält drey Bemerkungen. Die erste heist: das Privilegium, welches den Soldaten in Ansehung der Testamente ertheilt ist, kommt auch in gewisser Maaße allen andern Personen zu, die mit den Soldaten im Felde sind, und sich in gleicher Lebensgefahr befinden. Dahin gehören 1) solche, die Amtshalben mit im Felde sind, Feldprediger, Auditeur, Chirurgi, Feldapotheker, Commissäre, Feldbecker, u. d. gl. 2) Auch diejenigen, die sich freywillig bey der Armee aufhalten, z. E. Volontäre, Marquetender, Spionen, u. d. gl. Ich sage, es kommt ihnen in gewisser Maaße zu. Der Unterschied zwischen ihnen und einem Soldaten ist, daß sie a) nicht anders, als bey einer ganz nahen Gefahr, si in hostico deprehenduntur, wie die Gesetze sagen, militarisch testiren können; (*1) also während des Treffens, oder wann die Armee in Schlachtordnung steht, oder doch die Anstalten zur Schlacht gemacht werden; ferner, wann der Feind sie verfolgt; wann sie in einer belagerten Stadt sind u. s. w. b) Daß ihr Testament nur alsdann gültig ist, wann sie in derselben Gefahr, in hostico, umkommen, (*2) welches bey Soldaten anders ist, wie wir im folgenden Abschnitt sehen werden. (*3).

Die zweyte Bemerkung: der §. 2. I. h. t. sagt: das militarische Privilegium stehe auch den tauben und stummen Soldaten zu. Die Frage hierbey ist, warum wird dieser Satz vorgetragen, da auch ein taubstummer *paganus* testiren kann, also der Soldat darin nichts besonders zu haben scheint. Vinnius in seinem Commentar glaubt, die Verfertiger der Institutionen hätten

den

den Satz ohne Ueberlegung aus einem alten Juristen genommen, welcher zu der Zeit schrieb, als die taubstumme pagani noch nicht das Recht zu testiren hatten. Allein Otto in seinem Commentar, und unser Autor in seinen Noten über den **Vinnius** suchen diese Verfasser zu rechtfertigen. Sie sagen, ein paganus kann nur testiren, wann er taub oder stumm, der Soldat hingegen auch, wann er beydes zugleich ist; der paganus muß schriftlich testiren, der Soldat kann es durch Zeichen thun. Ein taubstummer sagen sie weiter, kann zwar nicht Soldat bleiben; wann indessen ein Soldat Sprache und Gehör verliehrt, und seinen Abschied noch nicht hat, so kann er militarisch testiren. Mir scheint des **Vinnius** Meynung die gegründeteste zu seyn; dann es ist unrichtig, daß ein tauber und stummer paganus nicht testiren könne; auch kann er durch Zeichen testiren, wiewohl er eine landesherrliche Dispensation nöthig hat; (§. 468.) und daß die Gesetzgeber dem Soldaten in dem allegirten §. 2. I. h. t. erlaubt hätten, wann er taubstumm ist, ohne Dispensation durch Zeichen zu testiren, ist eine aus der Luft ergriffene Conjectur.

Die dritte Bemerkung heist: ein Soldat kann testiren, wann er seines Zustandes nicht gewiß ist. Nemlich ein paganus kann kein Testament machen, wann er nicht gewiß versichert ist, daß er ein freyer Mensch, ein Bürger und ein pater familias sey. Wenn er z. E. zweifelt, ob er ein filius oder pater familias sey, weil er nicht weiß, ob sein Vater noch lebt, und in diesem Zweifel ein Testament macht: so ist es ungültig, ob gleich der Zweifel ohne Grund, und der testator zur Zeit als er das Testament machte, ein pater familias war; hingegen wann der Soldat in einem solchen Zweifel testirt, so muß man zusehen, **ob der Zweifel gegründet war** (das heist der Soldat hatte wirklich den Zustand nicht, der zur Testamentifaction gehört,) **oder ungegründet.** Im ersten Fall ist das Testament ungültig, im letzten aber gilt es. L. 44. D. h. t. L. un pr. D. de bon. poss. ex testam. mil.

(1) *Harpprecht* diss. de testamento pagani in hostico condito. Part. 2. n. 80. seqq.
(2) *Harpprecht* l. c. §. 93. sqq. *Koenig* l. c. §. 11.
(3) Ob dergleichen Leute blos in Ansehung der Form, oder auch in Rücksicht auf die Materie des Testaments privilegirt sind, ist zweifelhaft. Jenes behauptet *Koenig* l. c. pag. 25. dieses *Harpprecht* l. c. §. 21. sqq. §. 52. sqq.

§. 457. Fortsetzung.

1) Nur ein wirklicher Soldat kann militarisch testiren, wenn also ein paganus ein Testament ohne die gehörige Solennitäten gemacht hat, und darauf Soldat wird: so wird das Testament nicht gültig; ausser wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, er wolle, daß es gelten solle, (* 1).

Ich sage durch **Werke.** Dergleichen sind z. E. wann der Soldat das Testament wieder durchgelesen und versiegelt hat, oder das erste Siegel erbricht, und ein neues darauf setzt, oder etwas im Testament ändert, zusetzt u. d. gl. 2) Wann ein Soldat ein militarisches Testament gemacht hat: so bleibt er entweder Soldat, und stirbt in diesem Stande, oder bekommt seinen Abschied. Im ersten Fall gilt das Testament beständig, er mag so lang leben als er will. Im letzten aber muß man zusehen, aus welcher Ursache der Abschied erfolgt. Ist es a) ein ehrenvoller Abschied, (missio honesta) welchen bey den Römern ein Soldat erhielt, wann er so viele Jahre gedient hatte, als jeder Bürger dienen mußte; oder b) wird der Soldat wegen seiner Blessuren, Kränklichkeit u. d. gl. als Invalide verabschiedet, (die Römer sagen si missio causaria est:) so gilt das Testament noch Ein Jahr lang; das heist, wann er stirbt, ehe Ein Jahr nach erhaltenem Abschiede verflossen ist, so gilt das Testament; stirbt er er nach Verlauf eines Jahrs, so gilt es nicht. Endlich c) wann er eines Verbrechens wegen weggejagt wird, (si missio ignominiosa est:) so verliert das Testament sogleich seine Gültigkeit. (* 2).

(1) Das Gegentheil scheint zwar Ulpian in der L. 15. §. 2. D. h. t. zu sagen. Aber man sehe *Vinn.* ad §. 4. h. t. n. 3.
(2) *Koenig* diss. cit.

§. 458. Ob ein filius familias militarisch testiren kann?

1) Ein filius familias kann kein Testament machen, er sey Soldat oder paganus. 2) Eine Ausnahme findet statt, wenn er ein peculium castrense oder quasi castrense hat. Darüber kann er testiren, und hat dabey, er mag Soldat seyn oder nicht, das besondere Privilegium, daß er einsetzen kann wen er will. 3) Ist der Sohn, welcher über ein solches peculium testiren will, ein Soldat, so hat er auch die übrigen Privilegien der Soldaten bey der Testamentifaction. Ist er hingegen kein Soldat, so muß er die andern gemeinen Rechte beobachten.

§. 459. Deutsches Recht.

Nach dem römischen Recht kann ein Soldat in der Expedition ein mündliches Testament vor zwey, ein schriftliches ohne alle Zeugen machen. Die deutschen Gesetze aber, nemlich die Notariatsordnung Kayser Maximilians I. distinguiren zwischen einem Soldaten, der im wirklichen Gefecht ist, und einem solchen, der zwar gegen den Feind steht, aber doch nicht im Gefechte, oder, wie die Worte heissen, **nicht in Uebung des Streits ist.** Jener kann testiren, wie es das römische Recht erlaubt; dieser aber muß zwey Zeugen ziehen, er mag nun mündlich oder schriftlich testiren. (* 1). Dieses Gesetz beruhet

beruhet auf der Meynung der Glossatoren ad §. 1. I. h. t. welche glauben, daß jene Distinction zwischen einem Soldaten, der im Felde, und einem, der im wirklichen Streit ist, auch schon im römischen Recht gegründet sey. ((2).

(1) Grassi collat. iur. rom. cum recess. Imperii p. 140. sqq. *Reinharth* ad *Christ.* Vol. 4. Obs. 9.

(2) Aber mit Unrecht. *Enenckel* de privil. milit. lib. 2. priv. 16. n. 62. sqq.

§. 460. Vom Testament der Eltern unter den Kindern.

Das zweyte privilegirte Testament ist das, welches **Eltern unter Kindern** machen. Man versteht darunter ein Testament, worin Ascendenten, Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter u. s. w. erklären, welches Kind oder Enkel erben, und wie viel jedes bekommen soll. Der Grund des privilegii ist die Ehrerbietung, welche die Kinder den Eltern schuldig sind, und welche nicht leidet, daß sie das Testament der Eltern wegen einer mangelnden Feyerlichkeit bestreiten. (*1). Das privilegium selbst besteht darin: die Eltern testiren entweder **mündlich** oder **schriftlich**. Im ersten Falle sind zwey Zeugen erforderlich, doch nur zum Beweise, nicht der Solennität wegen. Im letzten Fall sind keine Zeugen nöthig, (*2) sondern nur folgende Puncte zu beobachten: a) die Eltern müssen das Testament schreiben oder unterschreiben, b) die Kinder alle mit Namen nennen. Dies schreibt Justinian in der 107. Novelle ausdrücklich vor, und es ist auch in Deutschland recipirt. (*3). c) Den Erbtheil, welchen jedes Kind haben soll, deutlich, das heist mit Buchstaben nicht mit Ziffern schreiben. (*4). Z. E. man muß schreiben: mein ältester Sohn soll **ein Siebentheil** haben; und nicht: er soll $\frac{1}{7}$ haben. d) Das Datum, Jahr und Tag muß beygesetzt werden; damit man versichert werde, daß das Testament zur Vollkommenheit gekommen, kein blosser unvollendeter Entwurf geblieben sey. Die 107. Novelle erfordert zwar dies, wann man das griechische Original liest, **nicht**. Sie sagt nur, **wenn die Eltern** das Datum beysetzen, so sollen sie es mit eigner Hand thun. (*5) Aber nach der gemeinen Uebersetzung (versione vulgata) ist es nöthig, und da diese in der Praxis gilt, (§. 12.) so muß man sich darnach richten. (*6).

Ich habe gesagt, im Testament unter Kindern werde bestimmt, welches von den Kindern erben solle. Also ist es auch erlaubt in diesem Testament Kinder zu enterben; (*7) wiewohl viele dies leugnen. (*8). Ich habe ferner gesagt, das **mündliche** Testament der Eltern unter Kindern erfordere nur zwey Zeugen. Aber auch dieses ist noch nicht ausgemacht. Dann verschiedene Juristen leugnen, daß die Eltern unter Kindern ein privilegirtes mündliches Testament machen können. (*9). Indessen ist die bejahende Meynung in der Praxis angenommen. (*10).

Anmerkung. Können die Eltern, welche unter Kindern testiren, eine fremde Person einmischen; das heist eine Person zum Erben ernennen, oder mit einem Vermächtniß bedenken, die nicht in der Zahl der Kinder ist? Z. E. wann der Vater ein Testament unter den Kindern macht, kann er seine Ehefrau mit einsetzen, oder ihr etwas vermachen? Daß keine fremde Person zum Erben eingesetzt werden könne, ist gewiß. L. fin. Cod. famil. herciſc. L. 21. §. 1. Cod. de testam. Aber kann sie ein Vermächtniß bekommen? Hier hat man drey verschiedene Meynungen. Die erste ist: es könne geschehen, und es würden keine Zeugen dazu erfordert. (*11). Die zweyte, den Gesetzen, wie ich glaube, gemäßeste ist: wann eine fremde Person in einem solchen Testament bedacht werden soll: so müssen die gewöhnlichen Solennitäten beobachtet werden; also müssen 5. Zeugen zugezogen werden. (*12). Die dritte Meynung geht dahin, daß zwey Zeugen hinlänglich seyen, und diese ist in der Praxis angenommen. (*13).

(1) *Enenckel* de privileg. parent. et liberor. privil. 15. cap. 1. n. 6.

(2) Doch sehe man *Spitz* diss. quaest. forens. divex. Quaest. 1. (Erf. 1769.)

(3) *Engau* part. 2. Decis. 91. n. 2. Dec. 155. n. 1. *Reinhart* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 17. n. 10. pag. 12. *Grupen* discept. for. cap. 3. §. 5. p. 293. Anderer Meynung ist *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 1. Aber müssen die Eltern die Namen der Kinder nothwendig mit eigner Hand schreiben? Nach der angeführten Novelle allerdings. Indessen versteht man dieß mit Recht von dem Falle, wenn sie das ganze Testament mit eigner Hand schrieben. *Koenig* diss. de parentibus inter lib. disponent. cap. 3. §. 11. *Wahl* diss. de iusta lib. hered. instit. forma, pag. 17. (n.)

(4) *Pufendorf* am a. O. Struben rechtl. Bed. 4. Theil. 27. Seite. Wann indessen die Ziffern ganz deutlich sind, daß keine Ungewißheit statt findet, so kann man das Testament nicht für ungültig halten. *Enenckel* l. c. cap. 2. n. 10.

(5) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 5. §. 1.

(6) *Boehmer* diss. de scriptur. non legibil. cap. 3. §. 6. in Exerc. ad Pand. Tom. 4. p. 390. *Leyser* Sp. 367. med. 3. *Wahl* l. c. pag. 18. doch s. man *Koenig* l. c. §. 7.

(7) *Cocceji* iur. controv. tit. de test. mil. Quaest. 10. *Stryk* caut. testam. cap. 10. §. 18. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 31. *Weidling* diss. de testam. quae parentes ex privilegio Nov. 107. inter lib. suos condere possunt, §. 23. *Reinhart* diss. de exheredat. bona mente, pag. 6.

(8) *Faber* error. pragmat. Dec. 36. Error. 5. *Struv.* Ex 32. th. 19. *Walch* controvers. pag. 229. *Wiesand* obs. iur. rom. et Saxon. spec. 11. n. 2. *Wahl* l. c. pag. 47.

(9) *Faber* l. c. dec. 35. Err. 4. God. Lud. *Mencken* diss. de testamento par. inter lib. iure civili sine scriptura invalido, in opusc. num 19. und *Walch* controvers. pag. 227.

(10) *Vinn.*

(10) *Vinn.* ſel. Quaeſt. lib. 2. cap. 18. *Graſſi* collat. iur. rom. cum receſſ. imper. p. 159. *Struv.* Ex. 32. th. 18. ibique *Muller* not. o. *Leyſer.* ſpec. 377. Med. 10. cor. 2. *Slevogt* diſſ. de teſtam. parent. inter lib. pag. 56. ſqq. *Io. Tob. Carrach* diſſ. de diſpoſit. par. inter lib. nuncupativis.

(11) *Schiltter* Ex. 38. th. 125. Hertel polit. Thee- und Caffee-Taſſe 103. Gout. 263. Seite.

(12) *Stryk* de caut. teſt. cap. 10. §. 22. *Pufendorf* Tom. 2. obſ. 31. §. 4. pag. 124. *Io. Flor. Rivinus* in diſſ. de teſt. par. inter lib. §. 17. G. L. *Boehmer* diſſ. de liberis fideicommiſſo oneratis §. 7. *Walch* controverſ. pag. 229. *Berger* part. 1. Reſp. 256.

(13) *Cocceji* iur. contr. h. t. Q. 9. *Ludolf* ſymphor. Tom. 2. conſult. 6. pag. 258. *Leyſer* ſpec. 367. med. 6. Cramer Nebenſt. 44. Theil. 3. Seite. *Harprecht* diſſ. de admixtione perſonae extraneae in diſpoſit. par. int. lib. n. 239. Deciſ. Caſſellan. Tom. 1. Dec. 21.

§. 461. Teſtament das zur Peſtzeit gemacht wird.

Das dritte privilegirte Teſtament iſt das zu Peſtzeiten errichtete. Das Geſetz, worin dieſes Teſtament ſeinen Grund haben ſoll, iſt L. 8. C. de teſtam. Man erklärt es gemeiniglich auf folgende Art: Wann eine Peſt oder andere anſteckende Krankheit graſſirt, ſo ſey der Umgang unter den Menſchen geſtöhrt, und es halte ſchwer, ſieben Zeugen auf einmal zu bekommen; denn man glaubt, wer ein Teſtament machen wolle, ſey von der graſſirenden Krankheit befallen, und man fürchtet ſich, von ihm angeſteckt zu werden. Das Geſetz erlaube daher, daß man die Teſtamentszeugen nach und nach, ſo wie man ſie haben kann, herbey hole, und ihnen ſeinen letzten Willen mündlich eröffne, oder zur Unterſchrift vorlege. Nun redet zwar das Geſetz gar nicht von der Peſt, und verordnet auch das nicht, was jene Erklärung hineinlegt. Es enthält vielmehr folgenden Fall. Ich laſſe ſieben Zeugen zuſammen kommen, um ein Teſtament zu machen. Während des actus teſtandi wird ein Zeuge plötzlich krank, die übrigen aus Furcht angeſteckt zu werden, zerſtreuen ſich, und der actus wird alſo unterbrochen. Die Frage iſt, ob dieſe Unterbrechung das Teſtament ungültig mache. Die Geſetzgeber ſagen nein. (* 1) Indeſſen iſt jene irrige Interpretation in der Praxis angenommen; ja einige Juriſten gehen noch weiter, und behaupten, daß nicht nur die unitas actus bey dergleichen Teſtament nachgelaſſen, ſondern auch zwey Zeugen dabey hinreichend ſeyn. (* 2). Streitig iſt es, ob es zur Ausübung dieſes Privilegii genug ſey, daß die Krankheit in dem Orte graſſire, oder ob erfordert werde, daß ſie in dem Hauſe des Teſtators herrſche. Billig diſtinguirt man, wann die Krankheit ſo arg iſt, daß aller Umgang unter den Menſchen völlig aufgehoben iſt: ſo iſt es genug, daß ſie in dem Orte graſſiret; iſt ſie aber ſo anſteckend und

bösartig

bösartig nicht, so muß sie im Hause des Testators seyn, wann er sich des Privilegiums bedienen will. (* 3) Eben so wenig ist ausgemacht, ob ein zur Pestzeit gemachtes Testament seine Gültigkeit verliehre, wenn die Pest wieder aufhört, und der Testirer nicht daran stirbt. (* 4) Einige glauben, es gelte nur Ein Jahr lang; die meiste Rechtsgelehrten behaupten aber doch, und wie ich glaube mit Grund, daß das Testament seine Gültigkeit auf immer behalte. Dann es ist anfangs gültig gewesen, und kein Gesetz verordnet, daß es diese Gültigkeit verliehren solle. Das vom Soldatentestament hergenommene Argument der Gegner (§. 457.) ist in allem Betracht lahm.

(1) Dieß hat *Bachov* ad *Treutler*. Vol. 2. Disp. 7. th. 6. lit. I. p. 281. besonders aber *Iac. Gotteofredus* diss. de testam. temp. pestis condito, in oper. (Lugd. Bat. 1733. fol.) pag. 627. sqq. gezeigt.

(2) *Leyser* spec. 368. med. 1.

(3) *Leyser* l. c. in coroll.

(4) Man s. Hertel politische Thee- und Caffee-Tasse 110. Gout. 275. Seite.

§. 462. Von dem auf dem platten Lande errichteten Testament.

Ein viertes privilegirtes Testament ist das auf dem Lande gemachte. Ausser den Städten, in kleinen Dörfern, auf einsam liegenden Höfen, Mühlen u. d. g. kann man oft keine sieben Zeugen bekommen, welche schreiben können. Wer daher auf dem Lande testirt, hat folgende Privilegien. 1) Er braucht nur fünf Zeugen zuzuziehen; 2) ein Zeuge kann für den andern unterschreiben, und wann auch nur ein einziger schreiben kann: so darf er die Namen der übrigen vier unterschreiben; 3) ist auch nicht Einer des Schreibens kundig: so ist gar keine Unterschrift der Zeugen nöthig. Doch muß in diesem Fall der Testator den Zeugen den Inhalt seines Testaments bekannt machen. Uebrigens setzt dieses Privilegium einen Mangel an tüchtigen Zeugen voraus. Kann man also zur Zeit, da das Testament gemacht wird, a) sieben Zeugen haben, und der Testator hat nur sechs oder fünf genommen; oder hat er b) Zeugen genommen, die des Schreibens unerfahren sind, und es wäre möglich gewesen, solche zu haben, die schreiben können: so ist das Testament ungültig. Noch zwey Fragen sind zu beantworten: 1) ist dieses Privilegium auf Bauersleute eingeschränkt, oder kann sich jeder, der auf dem Lande testirt, z. E. ein Adelicher, Geistlicher, der auf dem Lande wohnet, ein Reisender, der auf dem Lande krank wird u. s. w. dessen bedienen? Ich glaube das letztere. Dann der Grund des Privilegiums tritt bey diesen Personen so gut als bey den Bauersleuten ein. (* 1) Indessen sind viele Juristen anderer Meynung. (* 2)

2) Wann

2) Wann ein Testament auf dem Lande gemacht worden ist; jemand auftritt, der es bestreitet, und behauptet, man könne mehr als fünf Zeugen, oder man habe fünf Schreibkundige bekommen können: wer muß den Beweiß führen; muß der Kläger sein Vorgeben beweisen, oder der eingesetzte Erbe das Gegentheil darthun? Die meisten Juristen behaupten, der Kläger müsse beweisen, weil man auf dem Lande selten sieben Personen, oder auch nur fünf schreibkundige Zeugen zusammen bekommen könne, folglich die Präsumtion gegen den Kläger streite. (* 3)

(1) *Walch* controvers. pag. 231.

(2) *Philippi* diss. de testament. hominum ruralium, cap. 2. §. 5. *Ludwell* de ult. vol. P. 2. C. 1. p. 212. *Stryk* caut. test. cap. 13. § 5.

(3) *Philippi* loc. cit. cap. 4. §. 4. *Stryk* l. c. §. 9. *Brunnemann* ad L. fin. Cod. de testam. Anderer Meynung ist *Hommel* in rhapsodia. obs. 452. pag. 470.

§. 463. Testament, worin die Intestaterben oder eine milde Stiftung eingesetzt sind.

Das fünfte hieher gehörige Testament ist das, **worin die Intestaterben, die vorhin ausgeschlossen waren, eingesetzt sind.** Wann nämlich jemand seine Intestaterben in einem Testamente ausschließt, darauf aber ein zweytes Testament macht, und darinn diese Erben (* 1) einsetzt: so gilt das letzte Testament, obgleich nicht die gehörige Feyerlichkeiten dabey beobachtet; das heist es gilt, **wann nur fünf Zeugen dabey zugezogen worden sind.** Der Grund ist die Gunst der Gesetzgeber gegen die Intestaterben. Endlich das letzte privilegirte Testament ist das, worin eine **milde Stiftung** (pia causa) eingesetzt ist. Wann nemlich Menschenliebe und Frömmigkeit den Testirer zu seinem letzten Willen bewogen zu haben scheint: so heist es ein Testament zu milden Stiftungen, (ad pias causas.) Dahin gehört ein Testament, worinn die Armen, eine Kirche, Kloster, Hospital, Waisenhaus, Schule eingesetzt ist, wann der Testator sein Vermögen zur Ausstattung armer Mädchen, zu Stipendien für arme Studirende bestimmt, u. d. g. Dieses Testament gilt ohne alle Solennitäten. Viele Juristen behaupten zwar, daß es zwey Zeugen zur Gültigkeit erfordere. (* 2) Aber ich halte das Gegentheil für richtiger. (* 3) Der Pabst erfordert im angeführten Texte die Zeugen blos um des Beweises willen. Indessen läßt sich auch freylich vieles darwider sagen. (* 4)

(1) Ob sie alle eingesetzt werden müssen, oder ob es genug ist, wenn einige eingesetzt werden, ist zweifelhaft. Man sehe *Fachineum* in controvers. Lib. 4. cap. 6.

(2) *Merenda* controv. Lib. 4. cap. 16. *Fachineus* Lib. 4. Cap. 3. *Zoesius* ad decret. tit. de testament. n. 22. *Schilter* ex 38. th 14. *Rittershus.* in diss. iur. rom. et can. Lib. 4. cap. 2. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de testam. mil. §. 50. *Harpprecht* diss. de admixt. pers. extran. in dispos. par. int. lib. th. 30. seqq. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 172.

(3) *Stryk* de caut. testam. cap 12. §. 4. *Struv.* ex. 32. th. 23. *Lynker* centur. 3. Decis. 226. *Hertel* Thee- und Caffeetasse. 112. Gout. 281. Seite. *Boehmer* I. E. P. Lib. 3. tit. 26. §. 21. *Heimburg* Diss. de his, quae in ultima voluntate per scripturam privatam declarata piis causis relinquuntur.

(4) Ob auch einem andern in diesem Testament ein Vermächtniß hinterlassen werden könne, untersucht *Wolfg. Adam Schoepf* diss. de admixtione profanae causae in dispositi suprema ad pias causas, Tübing. 1743. Nach den Gesetzen läßt sich dieß nicht behaupten, aber nach der Praxis soll es angehen.

TIT. XII.

Quibus non est permissum facere testamentum.

§. 464. Wer kann nicht testiren?

Ein jeder kann ein Testament machen, oder hat, wie die Juristen reden, *testamenti factionem*, (sc. activam,) dem es die Gesetze nicht verbieten. Verboten aber ist es 1) einigen um ihres **bürgerlichen Zustandes** willen; 2) andern wegen **Mangel der Vernunft**; 3) andern wegen eines **Leibesgebrechens**, und 4) noch andern darum, weil sie ein **Verbrechen** begangen haben. Merkwürdig ist, daß einer, welcher den bürgerlichen Zustand hat, der zur Testamentifaction erfordert wird, aber daran zweifelt, ob er ihn habe, z. E. ein Bürger, welcher zweifelt, ob er das Bürgerrecht habe, nicht testiren kann. Eine Ausnahme kommt bey den Soldaten vor, wie wir oben gehört haben. (§. 456.)

§. 465. Sklaven und Fremde können kein Testament machen.

Aus Mangel des bürgerlichen Zustandes kann nicht testiren, wer entweder nicht frey, oder kein römischer Bürger ist. Daher können kein Testament machen; 1) die **Sklaven**, und 2) die **Bürger**, welche in der **Gefangenschaft** sind; denn sie sind Sklaven; eben so wenig 3) die **Fremden** und ein ins **Exilium** geschickter **Bürger**. Hiebey ist mancherley anzumerken. 1) Wann ein Bürger in der Gefangenschaft testiret, und nachher wieder frey wird:

so

so gilt das Testament nicht. Dann man hat eine Regel im römischen Recht, welche regula Catoniana heist; sie sagt: testamentum, quod ab initio non valet, postea non potest convalescere. 2) Macht ein Bürger ein Testament, und kommt nachher in die Gefangenschaft, stirbt auch darin: so gilt das Testament wegen der Fiction des Cornelischen Gesetzes. Dieses Gesetz nämlich fingirte, der Bürger sey in dem Augenblicke gestorben, da er gefangen wurde. 3) Wann ein Bürger testiret hat, darauf gefangen, endlich wieder auf rechtmässige Art frey geworden ist: so gilt sein Testament *iure postliminii*. Dann er bekommt in diesem Falle seine durch die Gefangenschaft verlohrne Rechte wieder, sein Testament erhält daher auch wieder seine Gültigkeit. (§. 303.) 4) Unsere wahre Sklaven können so wenig als die Römischen testiren, wohl aber die Leibeignen, §. 70.) wann nicht Landesgesetze oder Gewohnheiten ihnen dieses Recht versagen. (*1) 5) Ein Fremder konnte bey den Römern testiren, wenn nach den Gesetzen seines Vaterlandes die Testamente gültig waren, nur hatte das Testament die Rechte und Wirkungen eines Römischen nicht. 6) Heutigestages können die Fremde testiren. Auth. omnes peregrini Cod. commun. succeff. wann ihnen nicht das ius Albinagii im Wege stehet. (§. 91.) Auch einer, der des Landes verwiesen ist, kann testiren. (*2) Hingegen wer in der Reichsacht ist, kann es nicht. (§. 91. 92.)

(1) *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 46.
(2) *Schilter* ex. 38. th. 24. Doch sehe man *Stryk* l. c. cap. 3. §. 51.

§. 466. Auch filii familias nicht.

Wer ein Testament machen will, muß pater oder mater familias seyn. (*1). Dann die Gesetze der 12. Tafeln sagen: *Pater familias* uti legassit u. s. w. (§. 438.) Daher kann ein filius familias weder ein Testament noch ein Codicill (§. 622.) machen; selbst alsdann nicht, wann es ihm der Vater erlauben wollte. Dann wie kann der Vater dem Sohn etwas verstatten, was ihm die Gesetze verbieten? (*2) Doch bemerke man 1) wann der Sohn ein peculium castrense oder quasi castrense hat: so kann er darüber testiren. Denn in Ansehung dieses peculii wird der Sohn als ein pater familias angesehn. Einige dehnen dies auch auf das peculium adventitium extraordinarium aus, (*3) aber ohne Grund. (*4) 2) Wie aber, wann ein pater familias testirt, und alsdann sich arrogiren läßt? In diesem Falle verliehrt das Testament seine Gültigkeit, (irritum fit) Unser Autor setzt hinzu: nisi miles sit. Besser hätte er gesagt: nisi *bona castrensia aut quasi castrensia habeat, et de his testatus sit.* Wann nemlich ein pater familias, welcher dergleichen Güter besitzt, ein Testament macht, und sich nachher arrogiren läßt: so verliehrt das

Testament seine Gültigkeit in Ansehung dieser Güter nicht, sondern nur in Absicht auf das übrige Vermögen. 3) Wann ein filius familias, (der kein peculium castrense oder quasi castrense hat,) testiret: so ist sein Testament ungültig, und bleibt ungültig, gesetzt auch, daß er nachher sein eigner Herr (sui iuris) wird. Dann die Catonische Regel sagt: ein Testament, das im Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden.

(1) Nach dem alten römischen Recht standen die Weiber unter einer beständigen Tutel, und konnten nicht anders als mit Einwilligung des Vormundes testiren. *Christ. Wilh. Kustner* progr. de testam. feminae capite non minutae Lipf. 1768.

(2) Dieß halte ich für die Ursache, warum ein filius familias nicht testiren konnte. Eine andere giebt *P. Faber* semestr. lib. 2. cap. 23. an. Daß das römische Recht in diesem Stücke auch bey uns gelte, behaupten mit Grund *Reinhart* ad *Christin.* vol. 4. obs. 11. *Walch* controvers. p. 152. Doch halten viele ein testamentum filii familias ad pias causas für gültig. *Reinhart* l. c. Obs. 10.

(3) *Locamer* quaest. Iustin. 220. Auch eine Particularemancipation, die zu dem Ende geschieht, daß der Sohn testiren soll, hilft nichts. Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristi. Beobachtung. 2 Band. S. 228. u. f. f.

(4) *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 35. *Cocceji* iur. controv. tit. qui test. fac. poss. Quaest. 5. *Schumacher* diss. de exclusione filiorum familias a testamenti factione quoad bona adventitia extraordinaria, (Goett. 1781.) cap. 2. §. 2. sqq.

§. 467. Wer den Gebrauch seines Verstandes nicht hat; Verschwender, Unmündige.

Das Testament ist eine Willenserklärung. Daher kann niemand testiren, als wer den Gebrauch seiner Vernunft hat. Folglich 1) kein Blödsinniger und Rasender; wann er nicht dilucida intervalla, das heist Zeiten hat, wo er seiner Vernunft vollkommen mächtig ist. Daß jemand den gesunden Menschenverstand in gewöhnlichem Grade habe, ist nicht nöthig. Daher kann ein stupider Mensch testiren. (*1) Auch den Verschwendern ist die Errichtung eines Testaments verboten; wann sie nämlich von der Obrigkeit für solche erklärt sind. Der Grund dieses Verbotes ist nicht ausgemacht. (*2) Unser Autor nimmt die gemeine Meynung an, ein Verschwender sey civiliter furiosus; sey einem Blödsinnigen gleich zu achten, weil er eine unsinnige Wirthschaft führt. In der angeführten Leonischen 39 Novelle wird zwar das Testament eines Verschwenders alsdann für gültig erklärt, wann es vernünftig ist, und keine Spuren von verschwenderischen Gesinnungen enthält. Aber die Leonischen Novellen sind in Deutschland nicht angenommen, insonderheit die

39ste

39ste nicht. Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung; (*3) wiewohl viele Juristen das Gegentheil behaupten, und das Testament eines Verschwenders, wenn es vernünftig ist, für gültig halten. (*4) 3) Die Unmündigen können nicht testiren. Majorenn braucht der Testator eben nicht zu seyn; auch ein Minderjähriger kann, und zwar ohne Consens seines Vormundes testiren; aber mündig muß er seyn. Wann jemand ein Testament gemacht hat, und darauf erst seinen Verstand verliehrt, oder für einen Verschwender erklärt wird: so wird das Testament dadurch nicht ungültig.

(1) *Stryk* caut. test. cap. 3. §. 25. *Wernher* part. 1. obs. 174. p. 160.

(2) *Em. Soarez a Ribeira* obs. iur. Lib. 1. cap. 12. Thesaur. Meerm. Tom. 5. pag. 572. *Gildemeister* progr. obs. var. argument. (Brem. 1778.) obs. 4.

(3) *Brunnemann* ad L. 18. D. qui testam. fac. poss. *Stryk* V. M. eod. tit. §. 12. et in caut. testam. cap. 3. §. 27. *Eisenhard* diss. de iure testandi prodigo non competente. Helmst. 1749. *Madihn* Epist. de iure test. prodigis frustra vindicato. Halae 1771. *Walch* progr. de testam. prodigi iure germ. invalido. Ienae 1754. *Zepernik* ad *Beck*. de Nov. Leon. pag. 133.

(4) *Faber* ad Cod. Lib. 5. tit. 38. Def. un. n. 4. *Sande* Decis. Fris. Lib. 4. Tit. 1. Def. 3. *Carpzov*. Part. 3. Const. 17. Def. 2. *Hannaccius* in Diss. ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum. Viteb 1724. *Beck* de Novell. Leon. pag. 133. edit. noviss.

§. 468. Von Testamenten der Taubstummen.

Kann ein Tauber und Stummer testiren? Man distinguire, entweder ist jemand taub und stumm zugleich, oder nur eins von beyden. Im ersten Fall ist er entweder so geboren, oder es geworden. a) Kann also ein Taub und Stummgebohrner testiren? Nach der L. 10. C. qui testam. fac. poss. geht es nicht an, weil dergleichen Leute, wie Justinian sagt, kein evidentem mentis declarationem geben können. Aber seitdem Heinecke und Arnoldi ihre Schulen errichtet haben, giebt es Taubgebohrne, welche reden und schreiben können, und von einem Testament hinlängliche Begriffe haben. Kann aber ein Taubstummer auch durch Zeichen testiren? Wann er vom Landesherrn Dispensation erhält: so geht es an, außerdem nicht. (*1) Pufendorf hat hievon einen äusserst merkwürdigen Fall. (*2) b) Ist einer taub und stumm geworden, und kann seine Gedanken schriftlich zu erkennen geben: so kann er ohne Zweifel testiren. c) Daß jemand, der taub allein, oder stumm allein ist, ein Testament machen könne, ist außer Zweifel.

(1) Notariatsordnung vom Jahr 1512. Artikel von Testamenten. §. 4 *Stryk* caut. test. Cap. 4. §. 28.

(2) Tom. 3. obs. 178.

§. 469. Vom Testament eines Blinden.

Ein Blinder konnte nach dem alten römischen Recht ein mündliches Testement machen, so wie es ein Sehender macht. (*1) Nach der L. 8. C. alleg. hingegen, und der Notariatsordnung Art. von Teslamenten §. 9. muß er folgendes beobachten: 1) er muß einen Notarius oder wann dieser nicht zu haben wäre, einen achten Zeugen zuziehen: 2) den Erben genau beschreiben, seinen Namen, Stand, Amt, Profession; weil er sich leichter in der Person irren kann, als ein Sehender. 3) Wann er das Testament mündlich gemacht hat, so muß es schriftlich aufgesetzt, (*2) von den Zeugen und dem Notarius unterschrieben und besiegelt werden. Wann der Testirer hingegen vorher einen schriftlichen Aufsatz hat machen lassen: so muß ihm dieser 4) in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden. Darauf muß er 5) erklären, daß dieß sein letzter Wille sey, und nun müssen 6) Zeugen und Notarius ihn unterschreiben und untersiegeln. Das Testament eines Blinden ist also aus einem mündlichen und schriftlichen zusammengesetzt. Alles übrigens, was hier von dem Testament blinder Menschen gesagt ist, gilt auch von den Testamenten derer, die nicht lesen und schreiben können. (*3)

(1) Paul. sent. Lib. 3. Tit. 4.

(2) Dieß ist die gemeine und richtige Meynung, s. *Koehnen* diss. de forma testamenti externa a coeco obsservanda (Goett. 1782.) cap. 2. sect. 1. §. 5. pag. 41. Das Gegentheil behauptet *Nettelbladt* diss. de testam. nuncupativo in scriptur redacto, cap. 1. §. 11.

(3) *Nettelbladt* l. c. cap. 1. §. 12.

§. 470. Personen, die zur Strafe nicht testiren können.

Einigen Personen ist die Verfertigung eines Testaments zur Strafe verboten. Dergleichen sind 1) die, welche das Laster des Hochverraths (crimen perduellionis) begehen; das heist einen feindseligen Anschlag auf die Person des Landesherrn machen. 2) Die vom christlichen Glauben abfallen, Juden, Heyden, Mahomedaner werden, desgleichen die Manichäer; denn nur von diesen, und nicht von allen Ketzern, redet die angeführte L. 4. §. 5. C. de haeret. Wann man es aber auch auf alle Ketzer ausdehnen wollte: so wird es doch in der Praxis nicht beobachtet. (*1) 3) Wer eine blutschänderische Ehe schließt. Dann die angeführte auth. setzt auf den Incest die Strafe der Güterconfiscation, wann keine legitime Kinder aus einer vorhergehenden rechtmäßigen Ehe vorhanden sind. Also nur unter diesen kann ein Ehegatte, der im Incest lebt, testiren. Daß übrigens diese Strafe nur alsdann statt findet, wann jemand in einem nach römischen Recht verboteuen Grade heyrathet, versteht sich von selbst.

selbst. 4) Wer einem andern ein öffentliches Verbrechen in einer Schrift fälschlich vorwirft, und deswegen zur Strafe verurtheilt wird, verliehrt das Recht zu testiren. 5) Ferner haben die wegen eines Verbrechens zum Tod verurtheilte das Recht zu testiren nicht. Dann das Vermögen solcher Leute wurde nach dem römischen Recht ohne Unterschied confiscirt, weil sie vor der Hinrichtung servi poenae wurden, folglich nichts eignes haben konnten. (§. 68.) Nach der angeführten Novelle ist diese Confiscation aufgehoben, wann der Verbrecher a) Descendenten, oder b) wenn er Ascendenten vom zweyten oder dritten Grade hat. Sind also dergleichen vorhanden: so haben sie ein Recht auf die Erbschaft, das ihnen der Erblasser nicht durch ein Testament nehmen kann, und sind keine vorhanden: so gehört das Vermögen dem Fiscus, und der zum Tod verurtheilte kann es ihm eben so wenig durch ein Testament entziehen. Indessen geht der Gerichtsbrauch in Deutschland vom römischen Rechte ab, (* 2) und erlaubt den zum Tod verurtheilten die Testamentifaction. Ob diese Gewohnheit aber so allgemein sey, wie sie Menke und andere ausgeben, daran zweifle ich; von dem Brandenburgischen und Braunschweigischen wenigstens bezeugt Stryk am a. O. das Gegentheil ausdrücklich.

Endlich können auch 7) nach dem canonischen Recht, cap. 2. de usur. in 6. die, welche unerlaubten Wucher treiben, (manifesti usurarii) zur Strafe kein Testament machen. (* 3)

(1) *Stryk* Us. mod. tit. qui testam. fac. poss. §. 61.

(2) *Stryk* caut. testam. cap. 3. §. 53. *Lud. Mencken* Diss. de testamenti factione damnatis ad mortem iure civili denegata, et moribus plerisque asserta; in collect. Disput. num. 12. *Cocceji* iur. contr. tit. qui test. fac. poss. Quaest. 4. *Struv.* Ex. 32. th. 8. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. qui test. fac. poss. §. 28. *Schilter* ex. 38. th. 28.

(3) *Wiesand* opusc. p. 119.

TIT. XIII.

De liberis exheredandis.

§. 471. Uebergang zu dieser Materie.

In den Testamenten sind mancherley äussere willkührlich vorgeschriebene Erfordernisse, oder mit Einem Worte, Solennitäten nöthig, die wir bisher kennen gelernt haben. Das innere und wesentliche Erforderniß eines

Testa-

Testamentes ist die Erbeseinsetzung, und von dieser ist in gegenwärtigem und folgendem Titel die Rede. Sie ist entweder eine freywillige oder nothwendige. Gewisse Personen nämlich muß man nach der Vorschrift der Gesetze einsetzen, andere kann man nach Gefallen einsetzen oder übergehen. In diesem 13. Titel werden die Personen bestimmt, welche man einsetzen muß.

§. 472. Altes römisches Recht bey der Enterbung.

In den alten Zeiten Roms konnte ein Testator schlechterdings einsetzen, wen er wollte. Dann man hielt sich streng an die Worte der 12. Tafelgesetze: pater familias uti legassit, ita ius esto. Daher konnte ein Vater seine Kinder, ein Kind seine Eltern und die Geschwister einander nach Gefallen enterben. (*1) Die Testatoren aber mißbrauchten zuweilen dieses Recht; sie enterbten ihre nächste Verwandten aus ganz nichtigen Ursachen. Daher wurde durch die Praxis der Centumviralgerichte (§. 57.) nach und nach eingeführt, daß Kinder, Eltern und Geschwister ein Testament anfechten könnten, worin sie ohne hinlängliche Ursachen enterbt oder übergangen waren. Allein diese Praxis gieng so weit, daß man auch entferntern Verwandten eine solche Klage gestattete. Daher wurde durch kayserliche Verordnungen festgesetzt, 1) daß nur Kinder, Eltern und Geschwister dazu gelassen werden solten, (*2) 2) daß sie wegfallen sollte, wenn einer auch nicht auf sein ganzes Erbtheil, aber doch auf einen gewissen Theil, welcher der **Pflichttheil**, *portio legitima*, heist, eingesetzt wäre. (*3)

(1) Ob der Vater seine Kinder mit Stillschweigen übergehen, praeterire, konnte, ist zweifelhaft. *Galvanus* de usufr. cap. 8. §. 13. sqq. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens historiam iuris civ. de exheredat et praeterit. §. 4. *Car. God. Winkler* diss. de diff. inter testamentum nullum et inofficios. cap. 3. behaupten die verneinende Meynung mit guten Gründen.

(2) *Heineccii* diss. de levis notae macula §. 8. sqq. in opusc. pag. 274. sqq.

(3) *Winkler* l. c.

§. 473. Neue Gesetze.

Nach diesem neuen römischen Recht also müssen alle Personen, denen der **Pflichttheil gebührt**, entweder in denselben eingesetzt, oder aus gerechten Ursachen davon ausgeschlossen werden. Es fragt sich 1) was ist der Pflichttheil, 2) wem gehört er, 3) wie viel beträgt er? Der Pflichttheil ist ein Theil der Erbschaft, welcher gewissen Personen nach der Vorschrift der Gesetze nothwendig hinterlassen werden muß. (*1) Die Personen, welchen er gebührt, sind a) die **Kinder**. Vom Vater können nur die ehlichen Kinder den Pflichttheil fordern, von der Mutter aber auch die unehlichen. b) Die Eltern, Groß-

Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. c) meine Brüdern und Schwestern, doch nur in dem Falle, wann ich eine schändliche Person einsetzen will.

Erste Anmerkung. Allein es fragt sich, können denn alle Geschwister den Pflichttheil fordern, oder nur die germani und consanguinei? Fratres germani nemlich sind solche, die aus rechtmässiger Ehe von demselben Vater und derselben Mutter erzeugt sind; consanguinei, die von Einem Vater aber mit zwey Müttern aus verschiedenen Ehen erzeugt sind, uterini endlich, die Eine Mutter, aber verschiedene Väter haben. Man begnüge sich hier mit diesen Erklärungen, in der Lehre von der Intestaterbfolge werden bestimmtere gegeben werden. Ob die uterini den Pflichttheil fordern können, ist sehr zweifelhaft. Nach dem alten römischen Recht gehört er ihnen nicht; aber wie steht es nach dem neuen? Auch nach diesem sprechen viele den uterinis die legitimam ab. (* 2) Aber ich halte das Gegentheil mit Westenberg und andern (* 3) für richtiger. Dann die Ursache, warum L. 27. C. de inoff. test. die uterinos von der legitima ausschließt, ist offenbar keine andere, als weil sie nach dem alten römischen Recht nicht ab intestato erbten. Nach dem Recht der Novellen aber kommen sie zur Intestaterbfolge; also fällt die Raison der L. 27. Cod. weg, und folglich können die uterini den Pflichttheil fordern. Uebrigens weiß ich wohl, und gebe gern zu, daß man von dem Recht ab intestato zu erben, auf das Recht den Pflichttheil zu fordern, nicht schliessen kann.

Zweyte Anmerkung. Die Geschwister können aber den Pflichttheil nicht fordern, als wann ich eine schändliche, das heist eine Person zum Erben ernenne, welche ehrlos, infamia iuris laborans ist, oder levis notae maculam in der Bedeutung des römischen Rechts (§. 62.) hat. (* 4) (§. 62. Note.) Wann ich eine ehrbare Person einsetze: so bin ich meinen Geschwistern nichts schuldig. Wieviel ist der Pflichttheil? Nach dem alten römischen Recht war er ohne Unterschied der **vierte Theil dessen, was einer** *ab intestato* **würde bekommen haben.** Nach der Nov. 18. aber ist der Pflichttheil zuweilen die Hälfte, zuweilen der dritte Theil. Nemlich wann vier oder weniger Personen vorhanden sind, die den Pflichtiheil fordern können: so ist er der dritte Theil; sind aber fünf oder mehr Personen dazu vorhanden: so ist er die Hälfte. Z. E. wenn das Vermögen 12000 Rthlr. ist, und vier Kinder vorhanden sind: so trägt es Einem ab intestato 3000 Rthlr. davon ist der Pflichttheil ein Drittel, also 1000 Rthlr. Wenn das Vermögen aus 20000 Rthlr. bestünde, und fünf Kinder da wären: so erbt jedes ab intestato 4000. Der Pflichttheil ist die Hälfte, also 2000 Rthlr. Eben so ist es bey den Eltern und Geschwistern. (* 5) Man nehme an, ei-

ner stirbt, und hinterläßt seine beyde Eltern am Leben, das Vermögen ist 6000 Rthlr. Jedes der Eltern würde also ab intestato 3000 geerbt haben. Von dieser Summe ein Drittel ist der Pflichttheil. Dem Gedächtniß zur Hülfe hat man diese Sätze in folgende Verse gebracht:

Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

Ueber das übrige Vermögen ausser dem Pflichttheil, kann ich disponiren wie ich will, und bin weder meinen Kindern, noch Eltern, noch Geschwistern es zu hinterlassen schuldig.

Noch einige Regeln vom Pflichttheil stehen in der Anmerkung. Die erste heist: liberis et parentibus legitima titulo institutionis est relinquenda. Zum Verstande dieser Regel bemerke man. 1) Nach dem alten römischen Recht war es einerley, unter welchem Titel einer den Pflichttheil bekam. Ein Enterbter konnte sich nicht beklagen, wann er den Pflichttheil auch nur titulo legati, fideicommissi, dotis, dodationis propter nuptias oder mortis causa erhielt. (* 6) 2) Allein Justinian verordnete in der 115. Nov. cap. 3. sancimus, non licere penitus patri vel matri etc. suum filium vel filiam praeterire aut exheredare testamento; *nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem*, nisi probabuntur ingrati. Und cap. 5. *si qui* (Eltern oder Kinder) *heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus*; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. Also ist 3) soviel gewiß, wann man den Kindern oder Eltern zwar den Pflichttheil hinterläßt, ohne sie zu Erben einzusetzen, sondern vielmehr erklärt, daß sie nicht Erben seyn sollen, z. E. ich sage: meine Tochter soll meine einzige und Universalerbin seyn, mein Sohn soll nichts als den Pflichttheil haben: so kann der Sohn das Testament impugniren. (* 7) Allein das ist 4) zweifelhaft, ob auch der Pflichttheil selbst titulo institutionis müsse hinterlassen werden; ob man in dem Pflichttheil die Kinder oder Eltern zu Erben einsetzen müsse. Ist also das Testament gültig, wann ich sage: meine Kinder sollen meine Erben seyn, doch soll mein ältester Sohn sich mit meinem Wohnhause, das ich ihm statt des Pflichttheils vermache, begnügen? Toullieu behauptet mit andern, (*) die legitima selbst müsse titulo institutionis hinterlassen werden. Aber Justinian hat dies nicht verordnet; er will nur, daß man die Kinder und Eltern zu Erben

ernen-

ernennen solle. Sind sie dazu ernannt: so ist es einerley, unter welchem Titel sie den Pflichttheil bekommen. (*9) Da auch 5) die Erbeseinsetzung nicht gerade mit den Worten: ich setze zum Erben ein geschehen muß: so ist es genug, wann ich sage: ich vermache meinem Sohne, meinen Eltern den Pflichttheil, mein Sohn soll den Pflichttheil haben, u. d. gl. (*10) Nur muß der Testirer nicht dabey erklärt haben, daß das Kind oder die Eltern nicht Erben seyn sollen. (*11).

Die zweyte Regel ist: wann ich einen, welchem der Pflichttheil gehört, zum Erben einsetze, ihm aber weniger hinterlasse, als der Pflichttheil beträgt: so kann er eine Klage anstellen, welche *condictio ex L.* 30. *C. de inoff. test.* oder *actio expletoria* heist. Der Klager läßt das Testament gelten, er verlangt aber, daß ihm so viel zugelegt werde, als ihm an dem Pflichttheile fehlt.

(1) Von dem Ursprung des Pflichttheiles handelt sehr ausführlich und gut *Zepernick* diss. (sub praesid. *Nettelbladt.*) historia iuris civ. de legitima portione parentum (Hal. 1773.) cap. 1. §. 1. sqq.

(2) *G. L. Boehmer* diss. de querela inoff. donat. fratr. §. 3. in Elect. iur. civ. Tom. 1. p. 250. *Puttmann.* diss. de querela inofficiosi fratribus uterinis haud concedenda. Lipsi. 1769. *Herm. Lorenz* diss. utrum fratribus uterinis, turpi herede scripto, legitima relinquenda sit, nec ne? (Goett. 1774.) §. 6. sqq.

(3) *Westenberg* de legitima Diff. 2. Cap. 4. *Marchart* interpret. receptar. iuris civ. lection. Lib. 1. Cap. 14. pag. 90. *Trummer* diss. de querela inoff. fratribus uterinis haud deneganda. Erlang. 1783.

(4) *Water.* obs. iur. rom. Lib. 1. Cap. 12. glaubt zwar, daß hier ein Unterschied zwischen fratribus germanis und consanguineis sey, indem die germani den Pflichttheil auch alsdann fordern könnten, wann eine ehrbare Person eingesetzt sey. Allein diese Meynung läßt sich aus den Gesetzen nicht erweisen; wenigstens ist sie in der Praxis nicht angenommen.

(5) Dieß behaupten die meisten Rechtsgelehrten, wiewohl die Nov. 18. ausdrücklich nur den Pflichttheil der Kinder und Enkel erhöhet. *Stryk* caut. testam. cap. 17. membr. 1. §. 23. 25. *Westenberg* de legit. diss. 3. cap. 3.

(6) §. ult. I. L. 8. §. 6. D. L. 29. C. de inoff. test. L. 17. C. de collat.

(7) *Vaudus* in var. quaest. lib. 1. cap. 5. p. m. 16. sqq. behauptet zwar das Gegentheil: aber die Gesetze sind klar. S. auch *Zepernick* l. c. cap. 2. §. 34. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. obs. 71. Strube rechtl. Bed. 3. Band. 18. Bed.

(8) *Toullieu* in collectan. diss. 9. pag. 283. sqq. *Thomas.* ad *Strauch* diss. 9. §. 38. *Wahl* diss. de forma liberos hered. instit. pag. 61. sqq.

(9) *Strauch* diss. ad ius Iustin. 9. §. 38. *Westenberg.* diss. 4. de port. legit. cap. 1. §. 7. 8. *van de Poll* de exheredat. Cap. 25. §. 1. 2. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 44.

(10) *Leyser* sp. 356. M. 1. 2. *Pufendorf* l. c. obs. 45.

(11) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 17. et in diss. de exhered. bona mente, p. 8. Noch muß ich einer sonderbaren Meynung Ant. Fabers in error. pragmat. Dec. 14. En. 6. gedenken. Er behauptet, es sey nicht genug, daß Kinder oder Eltern auf den Pflichttheil eingesetzt würden; man müsse sie nothwendig auf eine partem quotam einsetzen, dann sonst wären sie in re certa eingesetzt, und folglich als Legatarii anzusehen. Diese Behauptung gehört zu den vielen andern, von welchen Bachov sagt: somnia sua chartis illevit *Faber.*

§. 474. Was ist die Enterbung?

Wem der Pflichttheil gehört, der muß entweder in demselben eingesetzt werden, oder man muß ihn aus gerechten Ursachen enterben. Was ist also die Enterbung? Sie ist eine ausdrückliche Ausschliessung dessen, dem der Pflichttheil gehört, von der ganzen Erbschaft. Also 1) eine Ausschliessung von der ganzen Erbschaft. Wann ich einen auch nur in einer Kleinigkeit zum Erben einsetze: so ist er nicht enterbt. Noch weniger ist der enterbt, der den Pflichttheil bekommt. Im Gegentheil, wenn ich einen nur in Ansehung eines Theils der Erbschaft enterbe, so ist er nicht gehörig enterbt, sondern präteriret. Paulus giebt in der L. 19. D. de lib. et post. folgendes Exempel. Ein Vater setzt seine Tochter ein, dem Sohn vermacht er eine gewisse Summe, und setzt hinzu: in cetera parte exheres esto. Diese Enterbung ist nicht auf die gehörige Weise geschehen. (*1) 2) Sie ist eine Ausschliessung dessen, dem der Pflichttheil gehört. Wenn ich einen von meiner Erbschaft ausschliesse, welcher den Pflichttheil nicht zu fordern hat, z. E. meinen Onkel, meinen Neffen, so heist es keine Enterbung. 3) Ist sie eine ausdrückliche Ausschliessung. Ich erkläre, daß diese Person nicht mein Erbe seyn soll. Wann ich einen nicht zum Erben einsetze, aber auch nicht erkläre, daß er nicht erben soll, so habe ich ihn nicht enterbt, sondern übergangen, (praeteritus est.) Also die praeteritio erfordert nicht gerade ein völliges Stillschweigen. Man kann eines Menschen im Testament gedenken, und er kann doch übergangen seyn; z. E. mein Sohn ist übergangen, wann ich sage, meine drey Töchter setze ich zum Erben ein, dann mein Sohn verdient nicht, daß er etwas von meinem Vermögen bekomme.

(1) *Manz.* tract. de testam. lib. 16. *Stryck* de cautel. test. cap. 19. §. 14. *Bastineller* diss. de exheredatione, quatenus iure civili rite facta dicitur. §. 8. p. 20.

§. 475.

§. 475. Drey Fragen bey der Enterbung.

In der Lehre von der Enterbung und Uebergehung ist dreyerley zu bemerken: 1) was ist die vorgeschriebene Form der Enterbung, 2) was sind die rechtmäßigen Ursachen derselben, 3) worinn besteht die Wirkung der Enterbung und der Präterition? Von der Form wird im nächstfolgenden Abschnitt, von den Ursachen im 477. und f. f. §§. und von den Wirkungen im Titel de inofficioso testamento gehandelt.

§. 476. Form der Enterbung.

Was ist also die Form der Exheredation? Schon in den alten römischen Gesetzen ist bey der Enterbung vorgeschrieben, daß sie 1) unbedingt (pure) geschehen soll. Wann ich nämlich einen unter einer Bedingung einsetze, und diese nicht erfüllt wird: so ist er nicht enterbt, sondern übergangen; denn Enterbung ist eine ausdrückliche Ausschliessung, und diese ist hier nicht vorhanden. Z. E. also wann ich sage, mein Sohn soll mein Erbe unter der Bedingung seyn, wenn er die N. nicht heyrathet, und der Sohn diese Person demungeachtet heyrathet: so ist er nicht enterbt, sondern präteriret, L. 18. pr. D. de B. P. contr. tab. L. 3. §. 1. D. de lib. et post. 2) Sie muß auf jeden Miterben und auf jeden Substituirten gehen; (fieri debet ab omnibus heredibus et ab omni gradu.) Das heißt wann ich mehrere Miterben in verschiedenen Sätzen ernennte: so mußte ich die Enterbung so ausdrücken, daß sie sich nicht auf Einen, sondern auf alle Miterben bezog. Z. E. wann ich sagte, Titius, excluso filio, heres esto; Caius heres esto, so war die Enterbung nicht gehörig geschehen; sondern ich hätte sagen sollen: Titius et Caius, excluso filio heredes sunto; oder: Filius exheres esto, Titius et Caius heredes sunto. Wann ich einen Erben dem andern substituirte, (das heist einen zweyten auf den Fall ernennte, wann der erste nicht erben will oder nicht kann:) so mußte ebenfalls die Enterbung sich auf alle Erben beziehen; z. E. man mußte nicht sagen: Titius heres esto, si heres non erit, Caius filio excluso heres esto; sondern: filius exheres esto, Titius heres esto; si heres non erit, Caius heres esto. Da diese ganze Vorschrift sich blos auf die Formularjurisprudenz der Römer bezieht: so hat sie keinen practischen Nutzen. (* 1) 3) Die Söhne mußten namentlich, die Töchter und Enkel konnten überhaupt, (inter ceteros,) enterbt werden; z. E. ich konnte sagen, meine beyde Söhne sollen meine Erben seyn, meine übrige Kinder und Enkel enterbe ich. 4) Nach dem Recht des Coder müssen alle Kinder, Enkel, Urenkel u. s. w. weibliche sowohl als männliche namentlich enterbt werden; das heist man muß sie entweder mit Namen nennen, oder doch einzeln

und genau bezeichnen; alia certa demonstratione, quae vice nominis fungitur, wie Ulpian L. 34. D. de condit. et demonstr. sagt. Z. E. meine älteste Tochter soll enterbt seyn. (* 2) Wann diese Verordnungen befolgt waren: so sagte man exheredatio *rite* facta est. Wo nicht: so war sie nicht *rite* geschehen, und wurde nicht als eine Enterbung, sondern als eine Präterition angesehen. 5) Endlich nach dem Recht der Novellen gehört es bey der Exheredation der Kinder und Eltern noch zur Form des Actus, daß sie aus einer im Testament angeführten rechtmässigen Ursache geschehe.

(1) *Bauer* diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis §. 9.

(2) *Leyser* sp. 356. med. 6.

§. 477. Ursachen der Enterbung.

Was sind also rechtmässige Ursachen der Enterbung? Nach dem alten Recht waren sie nicht bestimmt, sondern wenn jemand enterbt war: so untersuchten die Centumviri oder die Richter, welche über Erbstreitigkeiten urtheilten, wie sich der Enterbte aufgeführt, ob er also nach ihrem Ermessen und Gutdünken die Enterbung verdient habe. (* 1) Justinian aber setzte in der 115. Novelle bey den Kindern und Eltern gewisse Ursachen der Enterbung fest. Bey den Geschwistern hingegen verordnete er nichts neues; bey ihnen hat also das alte Recht statt. Viele Juristen (* 2) glauben zwar, daß in der 22. Novelle auch bey den Geschwistern drey Enterbungsursachen vorgeschrieben seyn, aber ohne Grund. Dann diese Novelle setzt fest, in welchen Fällen ein Bruder den andern nicht *ab intestato* erben soll; sie redet nicht von der Enterbung, die ein Testament voraussetzt. Und wann man sagen wollte, von der Beraubung der Intestaterbfolge lasse sich ein Schluß auf die Enterbung machen; so ist doch die 22. Novelle durch die 118. wieder aufgehoben worden; man kann also kein Argument daraus nehmen. (* 3)

(1) Die vorzüglichste Schrift über die Centumviralgerichte ist *Siccamae* de iudicio centumvirali lib. 2. Hr. Assessor Zepernick hat sie im Jahr 1776. zu Halle in 8. mit sehr schätzbaren Anmerkungen und Zusätzen wieder auflegen lassen.

(2) Z. E. *Bauer* Diss. cit. §. 18.

(3) *Cocceji* iur. controv. tit. de inofficioso testamento. Qu. 9. *Hofacker* diss. cit. §. 31.

§. 478. Bey den Kindern.

Die Ursachen, aus denen die Kinder enterbt werden können, sind folgende: 1) wann sie gegen die Eltern harte Verbaliniurien ausstossen. Welche

Iniurien

Injurien aber hart, und welche leicht sind, muß der Richter nach den Umständen beurtheilen. 2) Wann sie den Eltern Realinjurien zufügen, die Eltern schlagen, stossen u. s. w. Und dieß ist auch dahin auszudehnen, daß der Vater ein Kind enterben kann, daß sich an der Mutter vergriffen hat, und umgekehrt. (*1) 3) Wann die Kinder den Eltern nach dem Leben stehen, z. E. sie vergiften wollen; oder 4) die Eltern wegen eines Vergehens bey dem Richter angeben, und die Eltern dadurch einen beträchtlichen Schaden an ihrem Vermögen leiden. 5) Wann der Sohn sich zu maleficis, einer Gesellschaft von Zauberern oder Giftmischern begiebt, und an ihrem Geschäft Theil nimmt. (*2) 6) Wann die Kinder den Eltern verwehrt haben, ein Testament zu machen, oder das vorher verfertigte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden, zu testiren. Man denke sich den Fall, der Vater will testiren; der Sohn aber fürchtet, sein Erbtheil möge ihm im Testament beschnitten werden; er läßt also niemand zu dem kranken Vater; weigert sich Zeugen zu rufen; droht dem Vater, wenn er testiren würde, u. s. w. endlich aber findet der Vater doch Mittel, ein Testament zu Stande zu bringen. Jetzt ist er befugt, den Sohn seiner Widerspenstigkeit wegen zu enterben. Sterben aber die Eltern, ohne daß sie ein Testament machen können: so nimmt der Fiscus dem pflichtvergeßnen Kinde die Erbschaft weg. 7) Wenn Vater oder Mutter blödsinnig war, und die Kinder sich ihrer gar nicht annahmen; nun aber die Eltern wieder zur Vernunft kommen. 8) Wenn ein Kind zu einer ketzerischen Religionssecte übergeht, und zwar zu einer, welche die Sätze der vier ersten allgemeinen Kirchenversammlungen (zu Nicäa, Ephesus, Constantinopel und Chalcedon) nicht annimmt; also zu einer Secte sich begiebt, die weder catholisch, noch lutherisch, noch reformirt ist. 10) Wann der Sohn den Vater oder die Mutter wegen eines peinlichen Verbrechens anklagt. Daß es capital sey, ist nicht erforderlich; auch entschuldigt die Wahrheit des Factums den Sohn nicht. Dann es ist gegen die Pflichten des Sohns, daß er die Eltern anklagt; ausser in dem Fall, wenn der Vater das Verbrechen des Hochverraths gegen den Landesherrn begeht; dieses muß der Sohn anzeigen, wenn er Wissenschaft davon hat. Die Ursache ist übrigens von der vierten unterschieden. Dort war von einer Anzeige, hier ist von einer Anklage, dort von Civil- hier von Criminalverbrechen die Rede. 11) Wann der Sohn die Stiefmutter oder Concubine des Vaters beschläft. Gleichergestalt hat auch ohne Zweifel die Enterbung statt, (wiewohl es das Gesetz nicht ausdrücklich sagt,) wenn sich die Tochter vom Stiefvater beschlafen läßt. 12) Wann sich ein Kind gegen den Willen der Eltern unter eine Bande Gaukler, Seiltänzer u. d. gl. begiebt. 13) Wann die Eltern

Schul-

Schulden oder eines Vergehens halber im Gefängnisse sitzen, und der Sohn sie durch Bürgleistung los zu machen weigert. Es wird aber erfordert, daß die Eltern es verlangt haben, und ausserdem auch noch, daß der Sohn das 18te Jahr zurückgelegt habe. Die 14te Ursache ist: wenn eine Tochter ein unzüchtiges Leben führt, oder sich gegen der Eltern Wille verheyrathet, doch mit folgenden Bestimmungen: 1) die Tochter, welche gegen der Eltern Willen einen Sklaven oder heutiges Tags einen unehrlichen oder höchst verächtlichen Mann heyrathet, kann enterbt werden. 2) Heyrathet sie aber einen freyen Menschen gegen der Eltern Willen, oder ergiebt sich der Unzucht, so ist sie entweder minorenn oder majorenn. 3) Eine minorenne Tochter kann ohne Unterschied enterbt werden; aber 4) eine majorenne nur alsdann, wenn sie ohne Schuld der Eltern unverheyrathet geblieben ist; das heist, wann entweder a) die Eltern ihr einen Mann geben wollten, sie ihn aber nicht angenommen hat, oder b) die Eltern nicht im Stande waren, ihr einen Mann zu verschaffen. Haben ihr hingegen die Eltern vorsätzlich oder aus Nachlässigkeit keinen Mann gegeben: so kann sie nicht enterbt werden. Dieß ist nach meiner Meynung der wahre Sinn der Nov. 115. §. 10. (*3) Indessen giebt es viele Juristen, welche diese Novelle anders erklären, und insonderheit viele, welche behaupten, daß eine Tochter, die sich gegen der Eltern Willen verheyrathet, nicht enterbt werden könne.

Die Anmerkung sagt: alle diese Ursachen passen sowohl auf Töchter als auf Söhne, die 10. 13. und 14te ausgenommen. Die zehende geht die Töchter nichts an; dann sie können nicht anklagen; die 13te ebenfalls nicht, weil eine Weibsperson sich nicht verbürgen kann; die letzte aber läßt sich auf Söhne nicht ausdehnen. Dann wie die Juristen sagen, genus femininum sub se non complectitur masculinum, et maior castitas requiritur a feminis quam a masculis. Auch hängt der Sohn in der Wahl einer Gattin nicht so sehr von den Eltern ab, als eine Tochter. (S. §. 112.)

(1) *Pufendorf* Tom. 3. Obs. 6. 7.

(2) Diese Enterbungsursache wird aber heutiges Tags selten vorkommen, da es bey uns keine solche Gesellschaften giebt. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie, vom heutigen Gebrauche des römischen Rechts, S. 20.

(3) Philipp Jac. Heislers Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt. Halle, 1783. ist das beste, was über diese Materie geschrieben ist, wiewohl ich nicht ganz mit dem V. einig bin. *Frid. Aug. Guil.* de *Witzendorf* diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium Goett. 1757. ist seicht. Besser ist *Dit. Gotthard Eckard* diss. de exheredatione filiae turpiter viventis. Lips. 1746.

§ 479. Bey den Eltern.

Die Eltern können von den Kindeen aus acht Ursachen enterbt werden: 1) wenn sie die Kinder wegen eines Verbrechens anklagen, auf das die Lebensstrafe steht; 2) wann sie den Kindern nach dem Leben stehen. 3) Wann der Vater die Schwiegertochter oder des Sohns Concubine beschläft; oder wenn der Schwiegersohn mit der Schwiegermutter einen Ehebruch begeht; wiewohl dieser Fall im Gesetz nicht ausgedrückt ist. 4) Wann die Eltern den Kindern ein Testament zu machen wehren; oder 5) sie nicht aus der feindlichen Gefangenschaft ranzioniren; 6) sich der blödsinnigen Kinder gar nicht annehmen; 7) Ketzer werden. 8) Wann der Vater der Mutter Gift giebt, so daß diese das Leben oder den Verstand verliert: so kann er von den Kindern enterbt werden. Ein gleiches hat statt, wann die Mutter den Vater vergiftet hat; oder wann die Eltern ohne Gift auf andere Art einander nach dem Leben gestanden haben.

§ 480. Leiden diese Ursachen eine Extension.

Hat aber die Enterbung der Kinder und Eltern aus keinen andern als den angeführten Ursachen statt? Justinian sagt in der Nov. 115. Cap. 3. ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Daher behaupten viele Juristen, daß schlechterdings keine andere Ursachen der Enterbung zulässig seyn. (*1) Allein in der Praxis ist die vernunftmässigere Meynung angenommen, daß wegen Handlungen von ganz gleicher Art, oder wie Cocceji (*2) sagt, ob causas, quae intellectu iuris eaedem sunt, allerdings eine Enterbung geschehen könne. Dahin gehört z. E. wann die Kinder gegen die Eltern in einer Criminalsache von freyen Stücken ein Zeugniß ablegen; wann sich ein Sohn unter eine Räuberbande begiebt; wann ein Kind seine Eltern verwundet; wann ein dritter den Vater oder die Mutter mit Schlägen mißhandelte, der Sohn dabey stünde, den Eltern helfen könnte, und es doch unterliesse u. s. w. (*3)

(1) Sie sind in Hertels Thee- und Caffee-Tasse S. 95. und 96. angeführt.
(2) Iur. controv. tit. de inoff. test. Qu. 13.
(3) *Stryk* de caut. test. cap. 19. §. 22. *Walch* controvers. pag. 171. ibique cit.

TIT. XIV.

De heredibus instituendis.

§. 481. Zusammenhang dieses Titels mit dem vorigen.

Wir haben im vorigen Titel gesehen, welchen Personen der Pflichttheil gehört, welche also nothwendig zum Erben eingesetzt werden müssen, wenn nicht eine gerechte Ursache zur Enterbung oder Präterition vorhanden ist. In diesem Titel wollen wir den Begriff eines Erben näher entwickeln, untersuchen, welche Personen zu Erben ernennt werden können, und auf wie vielerley Art die Erbeseinsetzung geschehen kann.

§. 482. Erklärung des Erben.

Was ist also ein Erbe? **Ein Nachfolger in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, die nicht ganz persönlich sind.** Wann jemand stirbt, und ich alle seine nicht blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten überkomme: so heisse ich sein Erbe. Also a) ich bekomme alle seine Rechte, sein ganzes Vermögen, entweder **wirklich** oder **in Hoffnung.** Wann ich der einzige Erbe bin, (heres ex asse:) so bekomme ich das ganze Vermögen wirklich; wann ich aber Miterben habe: so bekomme ich einen Theil des Vermögens, und die Hoffnung zu dem übrigen; auf den Fall nemlich, daß die Miterben ihre Portionen nicht annehmen können, oder nicht wollen; kurz ich bekomme **ein Erbtheil mit dem** *iure accrescendi.* Wenn ich nur einzelne Sachen, nur eine Summe Geldes, nur einen Theil der Erbschaft ohne das ius accrescendi auf die ganze Verlassenschaft erhalte: so bin ich kein Erbe; sondern ein legatarius oder fidei commissarius singularis. b) Ich bekomme **alle seine Verbindlichkeiten,** muß also seine Handlungen als die meinige gelten lassen, (facta defuncti praestare;) muß seine Schulden bezahlen. Aus diesem Grunde, weil der Erbe alle Rechte des Verstorbenen erhält: so wird er auch als Eine Person mit dem Verstorbenen angesehen, (heres et defunctus habentur pro una persona.) c) **Nur ganz persönliche Rechte und Verbindlichkeiten** gehen nicht auf den Erben über. Es giebt nemlich Rechte, die dergestalt auf die Person eines Menschen eingeschränkt sind, daß sie sich schlechterdings davon nicht trennen, und auf einen andern transferiren lassen. Sobald also der Mensch stirbt, exspiriren sie. Dergleichen sind die persönlichen Dienstbarkeiten; (§. 369.) die Rechte, welche einer vermöge eines öffentlichen Amtes, z. E. als Regierungsrath, als Beamter hat; alle Rechte

die

die ein Paciscent dem andern in Rücksicht auf persönliche Eigenschaften giebt, z. E. die Rechte, die ein Ehegatte gegen den andern hat u. s. w. So giebt es auch ganz persönliche Verbindlichkeiten. Dergleichen ist die Verbindlichkeit eines Delinquenten, die Strafe eines Verbrechens zu leiden. Sie geht nicht auf die Erben. Wann mein Erblasser ein Verbrechen begangen hat: so kann ich sein Erbe darüber nicht zur Strafe gezogen werden. Ferner gehören die Verbindlichkeiten aus gewissen Verträgen hieher; aus den Verträgen nemlich, bey denen persönliche Eigenschaften vorausgesetzt werden; z. E. aus der Tutel und dem Societätscontracte. Wann mein Erblasser Vormund war, oder in einer Societät stand: so bin ich der Erbe darum nicht schuldig, die Vormundschaft oder Societät fortzusetzen.

Wer Erbe eines römischen Bürgers seyn wollte, mußte also fähig seyn, in alle Rechte und Verbindlichkeiten desselben zu succediren; oder wie es die Juristen ausdrücken, er mußte *testamenti factionem passivam* haben. Diese Fähigkeit muß bey einer **unbedingten** Erbeseinsetzung **in zwey Zeitpuncten**, bey einer **bedingten in dreyen** vorhanden seyn.

Nemlich wann ich einen **ohne Bedingung** einsetze: so muß er fähig seyn a) **zur Zeit, da ich das Testament mache**; und b) **da ich sterbe.** Zur Zeit, da ich das Testament mache, ut constiterit institutio, wie Florentinus in der L. 49. §. 1. D. h. t. sagt; wegen der Catonianischen Regel: **was von Anfang nicht gilt, kann in der Folge nicht gültig werden.** (* 1) Zur Zeit da ich sterbe, ut effectum habeat institutio, wie das Gesetz sagt, weil durch den Tod das Testament bestätigt, und die Erbschaft deferirt wird.

Aber zweyerley ist noch anzumerken: 1) diese Zeiten werden **nur in ihrem Puncte** betrachtet, das heist wann nur der Erbe in der Stunde oder Minute, da ich das Testament mache, und in der Minute, da ich sterbe, erbfähig ist: so kann er mein Erbe werden; gesetzt auch, daß er in der Zwischenzeit unfähig gewesen wäre. Man stelle sich vor, im Jahr 1770. zu der Zeit, da ich testire, bekennt sich der eingesetzte Erbe noch zur christlichen Religion; einige Zeit hernach wird er ein Jude, ist also erbschaftsunfähig; er verläßt aber die jüdische Religion wieder, und im Jahr 1780. da ich mit Tode abgehe, ist er ein Christ. Kann er meine Erbschaft an sich bringen? Allerdings. 2) Von dem Todestag des Testators an, bis zur Erbesantretung muß er beständig erbfähig bleiben. Ist er in dieser Periode nur einen Augenblick unfähig: so kann er die Erbschaft nicht erhalten; dann der Substitut oder die Intestaterben erhalten in diesem Augenblick ein Recht auf die Erbschaft. (* 2).

Wann ich jemand unter einer Bedingung zum Erben ernenne: so muß er a) zur Zeit, da ich testire, b) da ich sterbe, und c) da die Bedingung erfüllt wird, erbfähig seyn. (*3) Auch hier ist aber wieder zu bemerken: 1) daß auf die Zwischenzeiten nicht gesehen wird; 2) daß der Erbe von Zeit der erfüllten Bedingung an bis zur Antretung der Erbschaft fähig bleiben muß, wann er erben will. Wann ich also im Januar 1780. jemand unter einer Bedingung zum Erben einsetze; im Julius sterbe, und die Condition der Erbeseinsetzung im December erfüllt wird; der Erbe auch in diesen drey Monaten frey, und nur in den Monaten Februarius, Merz, April, May und Junius vom Feinde gefangen gewesen war: so konnte er meine Erbschaft an sich bringen. Hingegen von dem Zeitpuncte an, da die Condition erfüllt wurde, bis zur Erbschaftsantretung muß er beständig frey seyn. Ist er während dieser Zeit nur einen Tag lang in der feindlichen Gefangenschaft: so kann er mein Erbe nicht werden.

(1) Man sehe von dieser Regel: *Averan.* lib. 4. interpret. Cap. 21. *Voorda* interpret. Cap. 45.

(2) *Vinnius* ad §. 4. I. de hered. qual. et diff. Was *Andr. Flor. Rivinus* diss. de Florentini iurisprudentiare testamentarie reliquiis (Viteb. 1752.) §. 18. dagegen vorbringt. ist seichtes Geschwätz.

(3) Dieß ist wenigstens die gemeine Meynung. Indessen behauptet *Toullieu* in collectan. pag. 441. sqq. weitläuftig, daß man bey der bedingten Erbeseinsetzung auf die Zeit der Testamentsverfertigung gar nicht zu sehen habe. Allein seine Gründe haben mich nicht überzeugt, und L. 49. §. 1. D. de hered. instit. ist zu deutlich.

§. 483. Wer ist erbfähig?

Wer ist aber erbfähig und wer ist unfähig? Die erste Regel ist: nicht nur freye, sondern auch Sklaven eines römischen Bürgers können eingesetzt werden. Wenn ich einen Sklaven einsetze: so ist er entweder mein eigner, oder eines andern Sklave. Im letzten Fall ist es eben so anzusehen, als ob ich den Herrn eingesetzt hätte. Im ersten aber wurde gewöhnlich der Sklave zugleich im Testament freygelassen. Wenn indessen dieß auch nicht ausdrücklich geschehen war: so lag es doch implicite in der Erbeseinsetzung. Denn wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Nun konnte aber mein Sklave mein Erbe nicht seyn, wenn er nicht frey war. Indem ich ihn also zum Erben ernennte, hatte ich ihn stillschweigend freygelassen.

§. 484. Fremde konnten nicht eingesetzt werden.

2) Nur römische Bürger konnten von einem Bürger zum Erben ernennt werden, keine Fremde. Denn ein Fremder war nicht fähig, in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Bürgers zu treten. In Deutschland kann der Bürger einen Fremden einsetzen. Dieß gründet sich in der angeführten Verordnung Kaiser Friedrichs *omnes peregrini.* Sie redet zwar nur von der testamentificatione activa: das heist, sie giebt den Fremden das Recht ein Testament zu machen, und hebt also das ius albinagii auf, vermöge dessen die Güter eines Fremden nach seinem Tode confiscirt werden. Allein von der testamenti factione activa läßt sich nach dem römischen Recht ein Schluß auf die passivam machen. Wann also der Fremde ein Testament machen kann: so kann man daraus schliessen, daß er auch zum Erben eingesetzt werden könne.

§. 485. Kann man ungewisse Personen, Armen, Kirche, Städte, Gesellschaften einsetzen?

Man kann 3) auch ungewisse Personen einsetzen, wann nur die Ungewißheit gehoben werden kann. Sobald dieß geschieht, ist die Erbeinsetzung gültig. Die Ungewißheit hebt sich zuweilen von selbst, wenn man nur einen Zeitpunct abwartet, (tollitur eventu.) Z. E. wann ich sage: wer im künftigen Jahr Burgermeister seyn wird, soll mein Erbe seyn, so ist zwar iezt der Erbe ungewiß, aber die Ungewißheit wird verschwinden, wenn man nur die Burgermeisterwahl abwartet. Sie kann ferner durch das Loos gehoben werden; wann nemlich der Testirer mehrere Personen ernennt, die um seine Erbschaft loosen sollen Heineccius hat in seinen rechtlichen Gutachten einen merkwürdigen Fall, wo ein Erbe durchs Loos bestimmt werden sollte. (* 1) Endlich läßt sich auch zuweilen die Ungewißheit durch Präsumtionen heben. Dieß kommt in dem Fall vor, wann mehrere Personen den Namen des eingesetzten Erben führen; z. E. es heist im Testament: mein Vetter Johann soll mein Erbe seyn, und der Testator hat mehrere Vetter dieses Namens. Hier tritt eine Präsumtion ein, die Vermuthung nemlich, daß der Vetter gemeynt sey, mit welchem der Erblasser die meiste Freundschaft unterhalten hat. Ist die Ungewißheit auf keine Weise zu heben, so ist die Erbeseinsetzung ungültig. Ferner 4) die Armen können eingesetzt werden. Hat der Testator nicht gesagt, welche Armen: so sind im Zweifel die gemeynt, welche an seinem Wohnorte leben. 5 Die Kirchen, 6) Städte und 7) alle erlaubte Gesellschaften, (corpora et collegia licita.) Erlaubte Gesellschaften aber heissen hier nur die, welche der Landesherr angeordnet, oder wenigstens bestätigt hat; dergleichen sind z. E. Regierungscollegia, Academien, Zünfte u. s. w.

Ist aber eine Gesellschaft vom Landesherrn weder angeordnet noch bestätigt: so heist sie eine unerlaubte, wann auch ihr Zweck noch so gut und nützlich ist; z. E. eine Gesellschaft der Wissenschaften, die noch keine landesherrliche Bestätigung hat. Indessen sind alle diese Personen erst durch neue Gesetze erbfähig geworden; nach dem alten Römischen Recht waren sie es nicht, weil man sie als personas incertas ansah.

(1) *Heineccii* consilia et decision. Consil. 2. et 3.

§. 486. Wer zur Strafe erbschaftsunfähig ist.

Verschiedene Personen können zur Strafe nicht eingesetzt werden; das heist ihre Erbeinsetzung ist dem Gesetzgeber verhaßt; und zwar einige derselben können von niemand etwas erben, (simpliciter institui non possunt;) andere können nur von gewissen Erblassern in gewissen Fällen nichts, oder doch nur einen bestimmten Theil des Vermögens erben; (secundum quid institui nequeunt.) Von allen Erbschaften sind ausgeschlossen 1) die Kinder eines Menschen der gegen den Landesherrn das Verbrechen des Hochverraths begangen hat; ein unbilliges und albernes Gesetz! Dann warum sollen die Kinder um des Vaters willen Strafe leiden? Und der Grund des Gesetzes: die Kinder sollen zu keinem Vermögen gelangen, damit sie nicht den Tod ihres Vaters zu rächen Lust und Gelegenheit bekommen, ist offenbar nichtig. 2) Wer vom christlichen Glauben abtrünnig wird. 3) Ketzer. Da man übrigens in unserer Praxis den Ketzern zu testiren erlaubt, (§. 470. 1.) so können sie auch zu Erben eingesetzt werden. 4) Die Judenschaft. Einzelne Juden kann ein Christ einsetzen, nur nicht die ganze Judenschaft; im Testament eines Juden aber kann sie zum Erben ernennt werden. 5) Unerlaubte Gesellschaften; was das heisse, ist im vorigen §. erklärt.

§. 487. Fortsetzung.

Einige Personen können in gewissen Fällen nicht zu Erben ernennt werden. Dahin gehört 1) der Landesherr, wann er eines Processes wegen eingesetzt wird. Wann ich nemlich einen Proceß habe oder befürchte, und den Landesherrn in der Absicht zum Erben ernenne, daß er den Proceß mit meinem Gegner führe, und dieser einen harten Stand bekomme, weil er es mit einem so mächtigen Widersacher zu thun hat. Was ist aber die Wirkung einer solchen Einsetzung? Einige glauben, sie werde zwar von den Gesetzen nicht gebilligt, indessen sey sie doch nicht ungültig, und der Landesherr könne die Erbschaft antreten. Aber die gemeine und richtige Meynung ist, daß die

die Erbeseinsetzung null und nichtig sey; folglich die Verlassenschaft auf die Intestaterben falle. (* 1) 2) Wann ein Ehegatte in der zweyten Ehe lebt, und Kinder aus der ersten Ehe hat: so kann er dem zweyten Ehegatten nicht mehr hinterlassen, als ein Kind erster Ehe bekommt. Erhalten die Kinder ungleiche Erbtheile: so kann der zweyte Ehegatte nicht mehr bekommen, als das Kind, welches am wenigsten erhält. Man stelle sich vor, ein Ehemann lebt in zweyter Ehe, und hat drey Kinder von seiner ersten Ehefrau. Er macht ein Testament; setzt sein ältestes Kind auf 4000. das zweyte auf 3000. das dritte auf 2000 Rthlr. zum Erben ein. Wie viel kann er seiner Ehefrau verlassen? Nicht mehr als 2000. Rthlr. Der Grund des Gesetzes ist, die Gesetzgeber fürchten, der zweyte Ehegatte möge durch listige Ueberredungen den größten Theil des Vermögens vermittelst einer Erbeinsetzung an sich zu ziehen suchen. 3) Was die unehelichen Kinder betrift, so kann a) Jedermann ausser den Eltern, dergleichen Kinder einsetzen. Ich kann nämlich die unehliche Kinder eines andern einsetzen, sie mögen incestuosi oder adulterini oder von anderer Art seyn. b) Kinder, aus einer incestuosen Ehe erzeugt, können weder vom Vater noch von der Mutter eingesetzt werden. L. 6. C. de fec. nupt. Wann sie aber aus einem unehelichen incestuosen Beyschlafe erzeugt sind: so können sie eingesetzt werden. (* 2) Insgemein behauptet man, die adulterini und incestuosi überhaupt, könnten weder vom Vater noch von der Mutter eingesetzt werden. Man beruft sich auf die 89. Novelle, cap. 15. wo es heist: omnis, qui ex complexibus, (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Allein die Novelle redet nur von einer incesten Ehe und von adulterinis ist gar nicht die Rede darin. Man vergleiche die Nov. 74. cap. 6. und Nov. 12. cap. 1. im Anfang. c) Die aus einem Ehebruch, Stuprum und Fornication erzeugten Kinder können also eingesetzt werden. Wann ich meinen ehelichen Kindern und Eltern den Pflichttheil lasse, so kann ich das übrige meinen unehelichen Kindern von besagter Art zuwenden. Denn nirgends ist dieses in den Gesetzen verboten. d) Die naturales konnten nach den alten Gesetzen ebenfalls eingesetzt werden. L. 45. D. de vulg. et pup. substit. L. fin. C. de iure delib. L. 17. §. 4. D. ad SC. Trebell. L. 88. §. 12. de legat II. Constantin M. aber verordnete, daß der Vater diesen Kindern, wenn eheliche, oder Eltern, oder Geschwister, oder andere Agnaten vorhanden seyen, gar nichts hinterlassen solle. Dieß ist zwar nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich. *Iac. Gothofr.* ad Cod. Theodos. Tom. 1. p. 394. Valentinian, Valens und Gratian milderten dieses harte Gesetz, und verordneten, daß, im

Falle

Falle eheliche Kinder, Enkel oder Eltern da sind, die naturales $\frac{1}{12}$, ausserdem aber $\frac{3}{12}$ bekommen könnten. L. 1. Cod. Theod. de natural. lib. Arcadius und Honorius bestätigen den Punct von dem $\frac{1}{12}$. L. 2. C. Iust. de nat. lib. Valentinian III. publicirte im J. 428. im Occident eine Verordnung, wodurch das Constantinianische Gesetz wieder hergestellt wurde, Theodosius im Orient aber nahm sie nicht an. L. 2. C. Theod de nat. lib. ibique *Gothofr.* Justinian verwandelte die obgedachte $\frac{3}{12}$ zuerst in $\frac{6}{12}$. L. 8. C. Iust. de nat. lib. Nachher erlaubte er, die naturales im Fall keine eheliche Kinder und Eltern da sind, auf das Ganze einzusetzen. Wann ich Eltern habe, muß ich ihnen den Pflichttheil lassen, das übrige kann ich den naturalibus zuwenden, Nov. 89. cap. 12. Auth. licet patri C. de nat. lib. Nun fragt sichs, warum war der Vater bey Einsetzung der naturalium so viel eingeschränkter als bey andern unehelichen Kindern? Man kann davon mancherley Gründe angeben. Einmal wollten die christlichen Kayser den Concubinat gern abschaffen, und hielten es doch nicht für rathsam, ihn gerade zu zu verbieten. Fürs andere ist der Vater der naturalium gesetzlich gewiß. Bey andern unehelichen Kindern ist dieß nicht. Sie haben iuris intellectu gar keinen Vater, sind in Ansehung ihres Vaters als ganz fremde Personen anzusehen, und können daher auch so gut als jeder andere eingesetzt werden. Endlich wohnten auch die naturales bey dem Vater im Hause, und hatten nebst ihrer Mutter, Gelegenheit sich bey ihm einzuschmeicheln, die ehelicheu Kinder bey ihm verhaßt zu machen, u. s. w. Dieser Fall war bey andern unehelichen Kindern nicht.

Dieß ist die Verordnung des römischen Rechts. Wie steht es aber in Deutschland? Billig sollte man die römischen Gesetze in Ansehung der adulterinorum, spuriorum und vulgo quaesitorum befolgen, dann es ist kein Grund zum Gegentheil vorhanden. Da die Raison, warum die naturales bey den Römern so wenig bekommen konnten, wo nicht ganz doch größtentheils wegfällt: so sollte man behaupten, daß auch das Gesetz wegfalle. Nun frage man aber die Juristen über diese Materie. Nicht leicht herrscht irgendwo so viel Irrthum und Mißverständniß als hier. Die meiste Juristen behaupten, 1) daß die adulterini gar nicht, und 2) die spurii, vulgo quaesiti und naturales, im Fall Eltern oder Kindern vorhanden sind, ebenfalls nicht eingesetzt werden könnten. In Ansehung der spuriorum und vulgo quaesitorum beruhet diese Meynung auf einen offenbaren Irrthum, und verdient nicht die mindeste Rücksicht. Was die adulterinos betrift, so beruft man sich zwar auf die Nov. 89. aber ohne Grund, wie ich vorhin bemerkt habe. Und endlich wegen der naturalium heist es, der Concubinat sey heut zu Tage verboten, sey ein damnatus coitus, wie die 89. Novelle sage; also könnten diese

nicht

nicht eingesetzt werden. Höchstseltsam! War denn das stuprum bey den Römern nicht auch verboten, und konnten die spurii nicht demungeachtet eingesetzt werden? Daß der Concubinat *damnatus* coitus in dem Sinne ist, wie die 89. Novelle den Ausdruck nimmt, ist offenbar falsch. (*3) Man halte sich also an die Gesetze, und nehme auf Meynungen keine Rücksicht.

Noch hätte der Autor 3) anführen sollen, daß man auch eine Person, mit der man Ehebruch oder andere Unzucht getrieben, nicht zum Erben einsetzen könne. (*4)

(1) *Lüd. Menken* Diss de principe litis causa herede instituto, (in collect. disp. n. 24.) thes. 18.

(2) Wenigstens von der Mutter. *Titius* ad *Lauterb.* Obs. 856.

(3) Niemand hat diese Sache meines Wissens und Glaubens richtig vorgestellt. als *Desid. Herald.* rer. et quaestion. iur. quotid. lib. 1. cap. 2. und *Hommel* rhapsod. obs. 373. Wer aber die Meynungen anderer wissen will, kann folgende Schriften nachlesen: *Mich. Graff.* de succeff. §. institutio. Qu. 7. pag. 176. *Gail.* lib. 2. obs. 88. n. 1. *Gabr Palaeot.* de notis spuriisque filiis, cap. 40. p. m. 255. *Forster* de succeff ab int. lib. 6 cap. 47. *Manz.* de testam. valid. et non valid. tit. 6. quaest. 7. n. 108 sqq. p. 155 *Sande* decis. Fris. lib. 4. tit. 4 def. 3. *Franzk.* ad instit. lib. 3. tit. 1. cap. 8. n. 12. *Wissenbach* ad pand. Part. 1. Disp. 56. n. 6. *Leyser* Sp. 356. med. 11. 12. Struben rechtl. Bed. 1. Th. 48. Bed. 4. Theil. 130. Bed. *Beck* de stupro lib. 2. cap. 6. §. 1.

(4) L. 13. et 14. D. de his quae ut indignis. *Voet* ad Pand. d. Tit. n. 3. Strube rechtl. Bed. 1. Theil. 331. Seite.

§. 488. Regeln bey der Erbeinsetzung.

1) Wenn ich einen Erben ernenne, so muß ich ihn so bezeichnen, daß man gewiß weiß, wen ich gemeynet habe; daß ich ihn mit Namen nenne, ist nicht nöthig. Ulpian sagt in der L. 9. §. 8. D. h. t. si quis nomen heredis non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine differt, non tamen eo quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. 2) Weiß man, wen der Testator gemeynt hat, so schadet es auch nicht, wenn er einen falschen Namen gebraucht hat; z. E. er sagt: ich setze meinen Oheim Philipp N. ein, und der Oheim heist nicht Philipp, sondern Henrich; oder wenn er 3) ihn unrichtig beschreibt, z. E. Henrich, Claus, Philipp Clausens Sohn, soll mein Erbe seyn, und der Vater hat nicht Philipp geheissen. L. 48. §. 3. D. eod. Ein anderes wäre es, 4) wenn der Testirer den A. hätte einsetzen wollen, und aus Versehen den B. genennt hätte; dann jetzt bekommt keiner die Erbschaft. L. 9. pr. D. eod.

5) Eine schimpfliche Beschreibung, z. E. mein Vetter der Gaudieb soll mein Erbe seyn, macht die Erbeinsetzung ungültig. L. 9. cit. Dahingegen schadet 6) die Anführung einer falschen Ursache der Regel nach nichts. Die Ausnahme dieses Satzes, welche unten §. 576. bey den Vermächtnissen vorgetragen werden wird, gilt auch hier. Daß man 7) die Erbeinsetzung der Willkühr eines andern überlasse, z. E. mein Erbe soll seyn, wen A. dazu ernennen wird, geht nicht an. L. 32. L. 68. D. h. t. (* 1)

(1) Diese Regel des römischen Rechtes ist auch durch das Canonische, cap. 13. X. de testam. nicht abgeschafft. *Christ. Frid. Glück* progr. Innocentius III. in cap. 13. X. de testam. et ult. vol. iuri civili haud derogans, in opusc. fascic. I. die vorzüglichste Schrift in dieser Materie. Das römische Recht gilt auch bey uns. Cramer Wetzl. Beyträge, 3. Th. 12. St. 62. u. ff. S.

§. 489. Benennung der Erbschaftstheile.

Die römischen Testatoren pflegten ihre Verlassenschaft nach Zwölftheilen zu vertheilen. Nothwendig war dieß nicht; der Testirer konnte nach Fünfteln, Siebenteln u. s. w. theilen; z. E. sagen A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{2}{5}$, B. auf $\frac{3}{5}$, aber gewöhnlich war es, nach Zwölfteln zu rechnen. Die ganze Erbschaft hieß *as*. As heist eigentlich ein Pfund, man brauchte aber dies Wort auch um jedes vollständige Ganze, insonderheit die ganze Erbmasse damit zu bezeichnen. Daher heist der Universalerbe: *heres ex asse*, und weil das Pfund bey den Römern in 12 Theile abgetheilt wurde, so theilte man auch die Erbschaften auf dieselbe Weise. Jeder $\frac{1}{12}$ des Pfundes und daher auch der Erbschaft hieß *uncia*. Zwey Zwölftel hiesen *sextans*, dann es ist der sechste Theil von Zwölfen. Drey Unzen ($\frac{3}{12}$) *quadrans*; dann es ist der vierte Theil des Ganzen. Vier Unzen ($\frac{4}{12}$) heissen *triens*, weil sie den dritten Theil von zwölf ausmachen. Fünf Unzen ($\frac{5}{12}$) heissen *quincunx*; (von quinque unciae.) Sechs Unzen ($\frac{6}{12}$) heissen *semis*; als die Hälfte von zwölf. Sieben Unzen ($\frac{7}{12}$) *septunx*, (septem unicae.) Acht Unzen ($\frac{8}{12}$) haben den Namen *bes*, ein Wort, dessen Etymologie unbekannt ist. (* 1) Neun Unzen ($\frac{9}{12}$) heissen *dodrans*, dann sie sind das Ganze, *demto uno quadrante*. Zehen Unzen ($\frac{10}{12}$) heissen *decunx* oder *dextans*; decunx von decem unciae, dextans, von as *demto sextante*. Eilf Unzen endlich ($\frac{11}{12}$) heissen *deunx*, (demta est una uncia.)

Die Unzen wurden auch wieder eingetheilt. Eine halbe Unze hies semuncia; anderthalb Unzen sescuncia; der vierte Theil einer Unze hieß sicilicum. Wann eine Erbschaft nach vier und zwanzigtheilen vertheilt wurde: so sagte man es sey *dupondium* gemacht; und vertheilte man sie nach sechs und dreyssigsteln, so hieß es *tripondium*. (* 2)

(1) *Brif-*

(1) *Brissonius* de verb. signif. voce *bes.*
(2) *Maiansius* de divisione hereditatis, in disput. iur. Tom. 2. n. 37.

§. 490. Wie muß die Erbschaft vertheilt werden?

Wann eine Erbschaft unter die Testamentserben vertheilt werden soll; so muß man die Theilung so machen, daß alles aufgeht, und von dem Ganzen nichts übrig bleibt. Dann bliebe etwas übrig, das die Testamentserben nicht zu sich nähmen: so würde es auf die Intestaterben fallen. Der Testator würde also zum Theil testatus und zum Theil intestatus sterben.

Daraus folgt dann 1) daß wann ich nur Einen Erben einsetze, dieser die ganze Erbschaft bekommt, gesetzt auch, daß er nur auf einen Theil der Erbschaft, oder gar nur auf eine einzelne Sache eingesetzt wäre. Man denke sich den Fall, der Testator setzte mich zum Erben seines halben Vermögens ein, und bestimmte nicht, wer die andere Hälfte haben sollte; oder ernennte mich zum Erben seines Landgutes, ohne zu bestimmen, wer das übrige Vermögen bekommen solle. In beyden Fällen bekomme ich die ganze Verlassenschaft. (* 1) 2) Wenn mehrere Erben, und zwar ohne Bestimmung der Erbtheile, eingesetzt sind: so wird die Verlassenschaft zu gleichen Theilen unter sie vertheilt. Doch galt bey den Römern die Regel: plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur; oder welches einerley ist, man machte so viel Theile, als der Testator Sätze gemacht hatte. Ein Beyspiel wird dieß klar machen. Wann der Testator gesagt hätte:

Caius heres esto.
Titius et Mevius pariter heredes sunto.
Denique et Tullius, Aulus ac Tryphoninus heredes sunto,

so wurden drey gleiche Erbtheile gemacht, den ersten bekam Cajus allein; den zweyten theilten Titius und Mevius; den dritten Tullius, Aulus und Tryphoninus. Wann heutiges Tags jemand sich in seinem Testament auf die obenbeschriebene Art ausdrückte, (welches aber schwerlich geschehen wird:) so möchte man wohl die römische Regel nicht anwenden können; der Testator müßte dann ein Erzjurist gewesen seyn. Man würde vielmehr die Erbschaft in sechs gleiche Theile theilen müssen. 3) Sind mehrere eingesetzt und zwar so, daß jedem eine gewisse Sache assignirt ist, z. E. A. B. C. sollen meine Erben seyn;

A. soll mein Haus haben,
B. meine Gärten,
C. meine Aecker.

so bekommt jeder Erbe die ihm angewiesene Sache zum voraus, als ein praelegatum, (§. 558.) die übrige Erbschaft wird zu gleichen Theilen vertheilt; gesetzt auch daß das Haus nicht gleichen Werth mit den Gärten, die Gärten nicht gleichen Werth mit den Aeckern hätten. 4) Wann mehrere mit Bestimmung der Portionen eingesetzt sind: so erschöpfen entweder a) die Theile das ganze, z. E.

A sey mein Erbe auf — — —	$1\frac{8}{12}$
B auf — — — — — —	$1\frac{4}{12}$
C auf — — — — — —	$1\frac{1}{12}$
Summa	$1\frac{2}{12}$

Oder b) die Theile sind zusammen genommen weniger als das Ganze. Z. E.

A soll von mir erben — — —	$1\frac{8}{12}$
B — — — — — — —	$1\frac{2}{12}$
C — — — — — — —	$1\frac{1}{12}$
Summa	$1\frac{1}{12}$

Oder c) die Theile machen mehr als das Ganze aus. Z. E.

A soll bekommen — — — —	$1\frac{8}{12}$
B — — — — — — —	$1\frac{4}{12}$
C — — — — — — —	$1\frac{1}{12}$
Summa	$1\frac{3}{12}$

Im Falle a) nimmt jeder seine bestimmte Portion; im Falle b) wird der Rest nach geometrischer Proportion getheilt, (singulis pro rata accrescit.) Man sagt:

$1\frac{1}{12}$ haben zu vertheilen $1\frac{1}{12}$ wie viel bekommen $1\frac{8}{12}$?
— — $1\frac{2}{12}$?
— — $1\frac{1}{12}$?

und rechnet es durch die Regel Detri für jeden aus. Im letzten Fall endlich muß sich jeder etwas abkürzen lassen, (singulis pro rata decrescit.) Man setze also

$1\frac{3}{12}$ be=

$\frac{1}{1}\frac{3}{2}$ bekommen nur $\frac{1}{1}\frac{2}{2}$. wie viel bekommen $\frac{8}{12}$
— — — — wie viel bekommen $\frac{4}{12}$
— — — — wie viel bekommt $\frac{1}{12}$

4) Wann mehrere Erben auf verschiedene Art eingesetzt sind: so unterscheide man folgende Fälle; a) einer ist auf eine gewisse Sache eingesetzt, die andere schlechtweg, oder mit Bestimmung der Erbtheile. Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut.
B. und C. sollen meine Erben seyn.

Oder:

A. soll mein Erbe seyn auf mein Landgut.
B. und C. sollen meine Erben seyn zu gleichen Theilen.

b) Einer ist schlechtweg eingesetzt, den andern sind ihre Portionen bestimmt. Z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
B. soll mich erben auf $\frac{6}{12}$
C. aber soll Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$

Im Fall a) ist der auf eine gewisse Sache eingesetzte Erbe A. in Ansehung der übrigen ein blosser Legatarius; er bekommt die ihm assignirte Sache und weiter nichts, bezahlt auch keine Schulden. Wann aber die übrigen wegfallen, das heist, nicht Erben seyn wollen, oder nicht seyn können: so ist A. ein wahrer Erbe, und bekommt durch das ius accrescendi die ganze Erbschaft. (*2) Dieser Satz wird denjenigen noch nicht völlig deutlich seyn, die den erst unten zu erklärenden Begriff vom Legatarius (§. 552.) und vom iure accrescendi (§. 494.) noch nicht verstehen.

Wir gehen zum Fall b.) Hier distinguire man weiter. Wann aa) die Portionen, welche bey einigen Erben bestimmt sind, die ganze Masse nicht erschöpfen: Z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
B. soll mein Erbe seyn auf $\frac{6}{12}$
C. soll Erbe seyn auf $\frac{4}{12}$

so bekommt A. den Ueberrest, nemlich $\frac{2}{12}$. Wann bb) die Portionen der Masse gleich sind; Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$
B. soll mich erben auf $\frac{4}{12}$
Auch C. soll mein Erbe seyn.

so sagt das römische Recht, man mache ein dupondium, (§. 488.) das heist, man gebe dem A. nur $\frac{8}{24}$. und dem B. $\frac{4}{24}$. den Rest theile man dem C. zu; ausgenommen, wann es hiesse:

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$
B. — — — — $\frac{4}{12}$
Auch C. soll auf den Ueberrest mein Erbe seyn.

Dann nun bekommt C. nichts. Endlich cc) wann die Portionen die Masse übersteigen: Z. E.

A. soll mein Erbe seyn auf $\frac{8}{12}$
B. soll erben auf — — $\frac{6}{12}$
C. soll mich ebenfalls erben.

so wird abermals ein dupondium gemacht, A. bekommt nur $\frac{8}{24}$. B. nur $\frac{6}{24}$. C. den Ueberrest.

(1) Auch heutiges Tages *Leyser* sp. 361. med. 5.
(2) *Galvanus* de usufr. cap. 13. n. VI. *Leyser* sp. 361. m. 9.

§. 491. Von der Erbeseinsetzung mit Beyfügung einer Zeit.

Ein Erbe kann 1) pure, das heist ohne Bedingung; 2) mit einer Bedingung; aber 3) nicht auf eine gewisse Zeit, (in diem certum;) auch nicht von einer gewissen Zeit an, (ex die certo,) eingesetzt werden. Die römischen Gesetze sagen: dies certus pro non adjecto habetur. Wann also der Testirer gleich gesagt hätte: A. soll mein Erbe seyn nur zehen Jahre lang: so bleibt A. doch immer Erbe. Und wann der Testator gleich verordnet hätte: A. soll mein Erbe seyn, aber erst, wann zehen Jahre nach meinem Tode verflossen sind: so bekommt A dennoch sogleich nach des Erblassers Tode die Erbschaft. Einen Grund dieser Regel habe ich oben schon erklärt. (§. 442.) Aber sie hat auch noch einen andern; diesen nämlich: wer einmal Erbe ist, muß es nach dem römischen Recht allezeit bleiben, kann nie wieder aufhören, es zu seyn. Wollte ich aber einen Erben ex die oder in diem ernennen: so würde gegen diesen Grundsatz angestossen werden müssen.

Man wird mir vielleicht den Einwurf machen: es geht ja doch an, den A. zum Erben zu ernennen, und ihm ein Fideicommiß aufzulegen, ihm aufzugeben, daß er nach einer gewissen Zeit, z. E. nach 10. Jahren die Erbschaft dem B. restituire. Hört hier A. nicht auf Erbe zu seyn? Auf diesen Einwurf läßt sich zweyerley antworten. 1) Der mit einem Fideicommiß beschwerte

Erbe

Erbe bleibt Erbe, wann er auch gleich die Erbschaft restituirt hat, wie wir §. 602. hören werden. Der Fideicommißerbe ist nur, wie es im §. 3. I. de fideicom. hered. sehr expressiv heist, *heredis loco.* 2) Die Regel, heres non potest institui ex die, ist von einem directen Erben zu verstehen, auf Fideicommisse geht sie nicht. Eben darum, weil man directe keinen Erben ex die ernennen konnte, wurden die Fideicommisse gebraucht. (§. 600.)

Was ist aber Rechtens, wann der Tag ungewiß ist, den man der Erbeseinsetzung beyfügt? Man distinguire drey Fälle; 1) der Tag ist völlig ungewiß, das heist, man weiß nicht, ob er kommen werde, nicht wann er kommen werde. Z. E. A. soll mein Erbe an dem Tage seyn, da er seinen ersten Sohn taufen lassen wird. 2) Der Tag ist ungewiß in Ansehung der Frage ob; das heist man ist nicht versichert, daß er kommen werde; z. E. A. soll an dem Tage mein Erbe seyn, da er 25. Jahr alt werden wird. 3) Der Tag ist nur in Ansehung der Frage **wann** ungewiß; man weiß gewiß, daß er kommt, aber nicht wann er kommen wird. Von dieser Art ist der Todestag des Menschen. Im ersten und zweyten Falle ist der Tag als eine Bedingung anzusehen; was also dabey Rechtens sey, wird der folgende §. lehren. Im dritten Falle aber distinguire man weiter: a) wann dieser Tag dem Erben selbst beygefügt ist; z. E.

A. soll mein Erbe seyn, an dem Tage, da er sterben wird:

so ist es als eine institutio ex die certo anzusehen. Dies certus aber wird, wie wir vorhin gehört haben, pro non adjecto gehalten. b) Wann er einem dritten beygefügt ist: so gilt er als eine Bedingung; z. E.

A. soll mein Erbe seyn an dem Tage, da B. sterben wird.

Dann es ist zwar gewiß, daß B. sterben wird, aber ungewiß, ob A. diesen Todesfall erlebt. Nun muß er ihn aber erleben, wann er die Erbschaft haben will. (§. 493.) Folglich ist es ungewiß, ob A. die Erbschaft bekommt; folglich ist er unter einer Bedingung eingesetzt.

§. 492. Was ist Bedingung?

Bedingung heist in der allgemeinsten Bedeutung ein äusserlicher Umstand, von welchem ein gewisses Recht abhängt. Wann ich z. E. sage: A. soll mein Erbe seyn, wofern er heyrathet, und männliche Descendenz bekommt: so hängt von dem Umstand des Heyrathens und der Erzeugung männlicher Kinder die Erwerbung des Erbrechtes ab; also ist eine Bedingung vorhanden. So lang es ungewiß ist, ob eine Bedingung erfüllt werden wird, sagt man

sie

ſie ſchwebe, *conditio pendet.* Sobald der Umſtand wirklich wird, von welchem das Recht abhängt, ſo exiſtirt die Bedingung, und wenn es gewiß iſt, daß nun die Bedingung nicht exiſtiren werde, ſo heiſt es *deficit conditio.*

Die Bedingung wird auf mancherley Art eingetheilt. Sie iſt 1) entweder *in praeſens*, oder *in praeteritum*, oder *in futurum collata.* Wenn der Umſtand von welchem ein Recht abhängt, in die vergangene Zeit geſetzt wird, ſo iſt es conditio in praeteritum collata. Alſo in Teſtamenten inſonderheit heiſt conditio in praeteritum collata, wenn der Umſtand ſich ſchon vor Verfertigung des Teſtaments zugetragen haben ſoll. Z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er vor der Verfertigung dieſes meines Teſtamentes Burgermeiſter geweſen iſt. conditio in praeſens collata iſt, wann der Umſtand an dem Tage, da die Bedingung gemacht wird, exiſtiren ſoll. Z. E. A. ſoll mich erben, wann er heute am 1. Febr. 1778. da ich dieſes Teſtament mache, verheyrathet iſt. Endlich Conditio in futurum collata heiſt, wann der Umſtand, von welchem das Recht dependiret, in die Zukunft geſetzt iſt; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er heyrathen wird.

2) Sie iſt entweder *ſuſpenſiva* oder *reſolutiva.* Wann von der Bedingung die Frage abhängt, ob einer das Recht bekommen ſoll, ſo heiſt ſie ſuſpenſiva; hingegen reſolutiva, wann von der Condition die Frage dependiret, ob er das Recht behalten oder ob er es wieder verlieren ſoll. Alſo bey Erbſchaften iſt conditio ſuſpenſiva beygefügt, wann das Erbrecht nicht eher anfangen ſoll, als bis die Condition exiſtiret; und reſolutiva, wann das Erbrecht aufhören ſoll, ſobald die Condition exiſtirt.

3) Entweder *affirmativa* oder *negativa*; affirmativa, wann einer das Recht bekommt oder es ihm bleibt, in ſofern der Umſtand exiſtiret; negativa wann er das Recht erhält oder es ihm verbleibt, in ſofern der Umſtand nicht exiſtiret. Z. E. A. iſt unter einer affirmativen Bedingung eingeſetzt, wann es heiſt: er ſoll mein Erbe ſeyn, wofern er die Doctorwürde annehmen wird; unter einer negativen aber, wann ich ſage: er ſoll mich erben, wann er nicht Soldat werden wird.

4) Entweder möglich oder unmöglich, die unmögliche entweder phyſiſch oder moraliſch unmöglich. Phyſiſch unmöglich iſt die Bedingung, wann die Naturkräfte die Erfüllung nicht erlauben; z. E. A. ſoll mein Erbe ſeyn, wann er einen Triangel zeichnet, deſſen drey Winkel keine 180. Grade haben; moraliſch unmöglich, wann die Erfüllung den moraliſchen Geſetzen zuwider, kurz, wann ſie verboten iſt; z. E. A. ſoll mich mit dem Beding erben, daß er den B. derbe ausprügle. (* 1)

Die

Die mögliche ist entweder *casualis*, oder *potestativa*, oder *mixta*. Casualis, wann äusserliche Dinge, die nicht in der Gewalt desjenigen sind, dessen Recht von der Bedingung abhängt, zur Erfüllung der Condition thätig concurriren müssen; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wann in diesem Jahre Friede wird. Potestativa, wann nur der Wille jenes Menschen dazu nöthig ist, um die Bedingung zu erfüllen; z. E. B. soll mich erben, wann er heyrathet. Mixta, wann Wille des andern und äusserliche Umstände, die nicht in seiner Macht sind, zusammen concurriren müssen, um die Erfüllung der Bedingung zu bewirken; z. E. A. soll mich erben, wann er einen Sohn zeugen wird. Nur bemerke man, das allein macht eine Condition noch nicht zur *mixta*, **wann die Erfüllung durch zufällige Umstände gehindert werden kann**; dieß kann bey jeder Condition geschehen. Erst alsdann ist sie mixta, **wann die äusserlichen Umstände thätig zur Erfüllung mitwirken müssen.** (* 2)

Noch giebt es eine Art von Bedingungen, welche man schwere nennt; es sind solche, welche ein Mensch erfüllen kann, ein anderer nicht; z. E. A. soll mein Erbe seyn, wann er ein Schauspiel schreibt, das den Beyfall der Kenner in dem Grade, wie **Ugolino, Emilia Galotti** und **Götz von Berlichingen** erhält. (* 3)

(1) Zu den in Testamenten verbotenen Bedingungen gehört auch die conditio iurisiurandi promissorii, wann es heist: A. soll mein Erbe seyn, wenn er schwören wird, daß er etwas gewisses thun oder geben, z. E. mir ein Monument errichten wolle. L. 8. pr. §. 6. 7. D. de condit. instit. L. 20. et 26. D. de condit. et demonstrat. L. 36. D. de manumiss. testam. L. 112. D. de legat. 1. L. 29. D. de testam. mil. Denn wozu diente der Eyd, da der Erbe ohnehin verbunden war, den Willen des Testators zu erfüllen? Doch sagt Marcell in der L. 20. D. de condit. et demonstr. die conditio iurisiurandi sey *plerumque turpis*. Dann es konnten Fälle kommen, wo der Eyd seinen Nutzen hatte; wo also die conditio iurandi gültig war. M. s. *Car. Frid. Walch* lib. sing. de conditione iurisiurandi ultimis voluntatibus adjecta. Ien. 1759. 4. der aber die Schändlichkeit dieser Bedingung aus der Stoischen Philosophie herleitet.

(2) Man kann also den Unterschied zwischen den conditionibus potestativis und mixtis nicht verwerfen, wie einige thun. S. *Einert* diss. varia iur. civ. capita, cap. 2.

(3) Der Hauptschriftsteller in dieser Materie ist *Philibert. Brusselius* in tract. de conditionibus testamentorum, contractuum et pactorum. Lovan. 1560. 4. nachher mehrmal aufgelegt. Auch muß ich *Io. Iust. Ravensberg* opusc. de conditionibus conventionum et ultimorum voluntatum Ien 1752. 8. und *Christ. Gottl. Richter* diss. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adscripta Lips. 1780. empfehlen.

§. 493. Regeln der Bedingungen.

Bey den Conditionen gelten folgende Regeln. 1) Eine conditio in praesens oder praeteritum collata schiebt die Acquisition des Erbrechts nicht auf, hält sie nicht in der Ungewißheit. Denn wann das Testament eröffnet wird, und man sieht, daß zur Zeit der Verfertigung der festgesetzte Umstand schon existirt hatte, oder noch existirte; z. E. der eingesetzte Erbe am 1. Febr. 1778. verheyrathet war: so wird er sogleich Erbe; zeigts sichs aber, daß der Umstand damals noch nicht existirte: so hat der Erbe auch sogleich alle Hoffnung zur Erbschaft verlohren.

2) Ein Erbe kann nicht unter einer resolutiven Bedingung eingesetzt werden. Denn wer einmal Erbe ist, muß es allezeit bleiben. (§. 491.)

3) Eine Erbeseinsetzung unter einer physisch unmöglichen negativen Bedingung, das heist, wann ich einen unter der Bedingung einsetze, daß er etwas physisch unmögliches unterlassen soll, ist so gut als eine unbedingte, z. E. A. soll mein Erbe seyn, wann er das Luftschiff nicht erfindet, keine Universalmedicin bekannt macht. Dann das Luftschiff (*1) und die Universalarzney sind Schimären. Wann ich aber eine moralisch unmögliche Bedingung negativisch vorschreibe, das heist dem Erben die Unterlassung einer unerlaubten Handlung befehle, so ist die Condition wirksam; dann er muß das Factum unterlassen, wann er mich erben will. 4) Wird eine schlechterdings unmögliche Bedingung als eine affirmative vorgeschrieben; sie sey nun moralisch oder physisch unmöglich: so wird sie als nicht beygefügt angesehen; das heist der eingesetzte Erbe bekommt die Erbschaft, ohne daß er die Bedingung zu erfüllen z. E. den unmöglichen Triangel zu zeichnen, den B. auszuprügeln braucht. Die Ursache ist: die Gesetzgeber finden es sehr unschicklich, daß man solche unmögliche Bedingungen beyfüge, von denen man weiß, daß sie der Erbe gar nicht, oder nicht erlaubter Weise erfüllen kann. Thut es also ein Testator, so verordnen sie zur Strafe, daß die Condition als gar nicht vorhanden angesehen werden soll. (*2)

Ist die Condition von den schweren eine: so kommt es darauf an, ob sie der Erbe erfüllen kann, oder nicht. Kann er es: so ist eben das Rechtens, was bey den möglichen Bedingungen gilt. Kann er es aber nicht: so hat der Testator dies entweder gewußt oder nicht; z. E. entweder gewußt, daß der Erbe ein gutes Schauspiel zu schreiben ausser Stand sey, oder nicht. In jenem Fall ist die Condition als nicht beygefügt anzusehen; in diesem Fall aber ist sie gültig, und der Erbe bekommt die Erbschaft nicht.

Was

Was die mögliche Bedingungen betrift, so unterscheide man drey Fälle; der erste ist, wenn die Bedingung noch schwebt; der zweyte, wenn sie existiret, der dritte, wenn sie deficirt. 5) Schwebt sie noch und ist casualis oder mixta, so kann der eingesetzte Erbe die Erbschaft nach den Civilgesetzen nicht antreten; der Prätor aber giebt ihm bonorum possessionem secundum tabulas. Nur muß er Caution stellen, daß er die Erbschaft wieder herausgeben will, wann die Bedingung deficiren sollte. 6) Ist die Condition ein potestativa affirmativa, uud der Erbe kann sie sogleich erfüllen; z. E. es heist, A. soll mein Erbe seyn, wenn er heyrathet, und der Erbe ist im Stande zu heyrathen, so muß er es thun. Ist dieß aber nicht möglich, weil z. E. der Erbe noch zu jung ist, so muß er wieder bon. poss. sec. tabulas suchen und Caution stellen. 7) Ist sie hingegen negative beygefügt, so kann er die Erbschaft antreten, wenn er die Mucianische Caution leistet. Z. E. wenn es im Testament heist: A. soll mich erben, wofern er nicht Soldat wird, so muß er Caution stellen, daß er kein Soldat werden wolle. Nach den alten Gesetzen konnte er in seinem ganzen Leben die Erbschaft nicht bekommen; dann so lang er lebte, war es immer noch möglich, daß er gegen die Vorschrift des Testaments handelte. Aber Q. Mucius Scävola, Pontifex Maximus führte den Satz ein, daß der Erbe zur Erbschaft gelassen werden solle, wenn er Caution leistete, daß er den Willen des Testators nie übertreten würde, und daher heist diese Caution die Mucianische.

8) Existirt die Bedingung, so bekommt der Erbe die Erbschaft, und zwar vom Tode des Testators, nicht erst von dem Tage an, da die Bedingung existirt; retro pura censetur institutio. Nur muß der Erbe die Existenz der Condition erleben. Stirbt er vorher, so bekommt er nichts, und seine Erben eben so wenig; institutio fit caduca.

Eben so ist es 9) wenn die Bedingung deficirt. Das Testament geht zu Grunde, und der Erbe erhält die Verlassenschaft nicht.

Die Anmerkung sagt: in den Contracten hat eine unmögliche Bedingung ihre Wirkung. Sie wirkt nemlich so viel, daß der Promissor, welcher etwas unter einer unmöglichen Bedingung versprochen hat, gar nicht verpflichtet wird. (§. 740) Hier haben die Gesetzgeber nicht verboten, unmögliche Bedingungen festzusetzen, und sie daher auch ihrer Wirkung nicht beraubt.

(1) Dieß schrieb ich im Jahr 1782. Seitdem hat mich Montgolfier widerlegt. ~~Ein Hauptbeweis~~.

(2) Von den unmöglichen Bedingungen s. *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 24.

§. 494 Vom iure accrescendi.

Bey den Erbschaften kommt zuweilen ein Recht vor, welches *ius accrescendi* heist. Wenn nemlich ein Miterbe wegfällt, das heist, wann er seine Erbportion nicht haben will, oder nicht haben kann: so fällt diese Portion auf die übrigen Miterben, (accrescit reliquis.) Ich sage, wann er seine Erbportion nicht haben kann. Dahin gehört, wenn er vor dem Erblasser, oder vor Erfüllung der Condition stirbt; wenn die Condition gar nicht erfüllt wird; (§. 493. Num. 8. und 9.) wenn er nicht fähig ist, eine Erbschaft zu erwerben. (§. 486. 487.) Dieses ius accrescendi ist zugleich mit einer Nothwendigkeit verbunden. Es hängt nicht von den Miterben ab, ob sie die Portion des heredis deficientis haben wollen, oder nicht; sie müssen entweder diesen Theil annehmen, oder auf die ganze Erbschaft Verzicht thun. Daher brauchen sie auch nicht einmal zu wissen, daß ihr Miterbe weggefallen, und ihnen sein Theil zugewachsen sey. Es accrescirt ihnen ohne ihr Wissen. Die Ursache ist: wann das ius accrescendi nicht statt finden sollte: so müßte das Erbtheil des coheredis deficientis den Intestaterben zufallen, aber auf diese Weise würde der Testator zum Theil testatus, und zum Theil intestatus sterben. Da das nun nicht angeht, (§. 442.) so ist das ius accrescendi schlechterdings nothwendig.

TIT. XV.

De vulgari substitutione.

§. 495. Verschiedene Arten der Erbeseinsetzung.

Ein Testator kann Eine Person zum Erben einsetzen, er kann aber auch mehrere dazu ernennen. Wann er mehrere dazu ernennt: so sind zwey Fälle möglich: entweder a) er setzt sie alle zugleich, auf einmal zu Erben ein, oder b) er setzt den zweyten auf den Fall ein, wann der erste wegfällt. Im letzten Fall sagt man, ist eine *substitutio*, und zwar *directa*, *substitutio* im eigentlichen Verstande, eine Aftererbeinsetzung geschehen. Der zweyte Erbe oder Aftererbe ist dem ersten substituirt. Sind aber die mehreren Erben auf Einmal eingesetzt: so sind sie entweder alle *directe* eingesetzt, oder einer

ner *directe*, der andere *fideicommissarie*. Sie sind directe eingesetzt, wann sie alle unmittelbar aus den Händen des Testators die Erbschaft erhalten sollen; z. E. es heist A. B. und C. sollen meine Erben seyn. Und diese Erben heisen Miterben, (coheredes.) Hingegen einer ist directe, der andere fideicommissarie eingesetzt, wann der Testator verordnet, daß einer die Erbschaft antreten, sie aber dem andern wieder herausgeben soll. Z. E. er sagt: A soll mein Erbe seyn, und lebenslang die Erbschaft geniessen. Aber nach seinem Tode soll sie an den B. abgetreten werden, nach dessen Absterben soll sie C. bekommen u. s. w. Diese Art der Erbeseinsetzung wird zuweilen, z. E. in der L. 57. §. fin. D. ad SC. Trebell. auch eine Substitution genennt, nemlich *fideicommissaria*. Allein in eigentlichem und strengem Verstande ist sie keine Substitution. (* 1) (Man sehe die 32. Tabelle.)

(1) *Hunn.* resolut. lib. 2. tract. 6. qu. 3. pag. 451. *Vinn.* ad pr. I. h. t. n. 2.

§. 496. Was ist die Substitution?

Die Substitution in eigentlichem Verstande ist also die Einsetzung eines zweyten Erben, auf den Fall, wann der erste wegfallen wird; eines dritten auf den Fall, wann der zweyte wegfällt; eines vierten auf den Fall, daß der dritte wegfällt u. s. w. (* 1) Sie setzt daher nothwendig wenigstens zwey Erben voraus, einen zweyten, der nach dem ersten eingesetzt ist; oder, wie man es auch sonst ausdrückt, wer substituirt, der macht Grade in der Erbeseinsetzung.

(1) Die Einwürfe gegen diese Definition widerlegt *Hunn.* in resolut. pag. 449. Qu. 2.

§. 497. Gattungen derselben.

Bey der Substitution nimmt man entweder Rücksicht auf die Person, welche substituirt; oder man denkt sich den Fall, auf welchen substituirt wird. In Rücksicht auf die Person des Testators ist die Substitution entweder eine militarische, oder nicht militarische. Von der militarischen handelt §. 512. von der nicht militarischen handeln die §§. 499 - 511. In Absicht des Substitutionsfalles aber ist die Substitution dreyerley, entweder die gemeine, oder die pupillarische, oder die quasipupillarische. (* 1)

(1) *Arn. Rotgersii* diatr. ad L. 8. C. de impub. et al. substit. s. de quatuor speciebus substitutionum, in apodicticis demonstrat. ad illustr. ius rom. lib. 2. pag. 708. sqq.

§. 498. Fortsetzung.

Die gemeine (substitutio vulgaris) geschieht auf den Fall, wann der erste Erbe gar **nicht Erbe wird**; weil er entweder nicht Erbe werden kann, oder die Erbschaft ausschlägt. Es kann nemlich geschehen, daß der, den ich zum Erben ernenne, noch vor mir stirbt, oder unfähig wird, Erbschaften zu acquiriren; z. E. er verläßt das Christenthum und wird ein Jude. (§. 486.) Wann ich also einen Erben allein einsetze: so wage ich, daß mein Testament nicht bey Kräften bleibt, sondern unwirksam (destitutum) wird. Um diesen Fall zu verhüten, kann ich sagen: **A soll mein Erbe seyn; gesetzt aber, daß er mein Erbe nicht werden könnte, so soll es B. seyn.** Oder ich fürchte, der eingesetzte Erbe wird sich weigern, meine Erbschaft anzutreten; weil sie ihm etwa zu unbeträchtlich ist, oder weil er sie meinen Intestaterben nicht entziehen will, u. d. gl. Auch in diesem Fall kann ich mir durch eine Substitution helfen, und sagen: **A. soll mein Erbe seyn; im Fall er aber Bedenken trägt, es zu werden, so setze ich den B. ein.**

Die pupillarische Substitution geschieht auf den Fall, **wann mein unmündiges Kind in der Unmündigkeit sterben wird.** Ich hinterlasse ein unmündiges Kind; fürchte, es möchte sterben, ehe es mündig wird, folglich eher als es ein Testament machen kann; mein oder sein Vermögen werde also an die Intestaterben kommen, denen ich es nicht gönne. In diesem Fall kann ich dem Kinde pupillarisch substituiren, das heist, verordnen, wer dessen Erbe seyn soll, wann es in der Unmündigkeit sterben wird.

Endlich die quasipupillarische Substitution setzt zum voraus, daß jemand **blödsinnige Kinder** hat. Er fürchtet, sie möchten in der Blödsinnigkeit sterben, und daher ausser Stande seyn, ein Testament zu machen. Damit das Vermögen nicht auf Verwandte falle, die dessen unwürdig sind, macht er eine Verordnung: mein blödsinniges Kind soll mein Erbe seyn; wird es in dem Zustande der Blödsinnigkeit versterben, so soll A. dessen Erbe seyn. **Und dieses ist die quasipupillarische oder Justinianeische Substitution.**

§. 499. Wer kann vulgariter substituiren?

Die gemeine Substitution also geschieht auf den Fall, wann der eingesetzte erste Erbe gar nicht Erbe werden sollte. Jeder Testator kann jedem Erben auf diese Weise substituiren, und daher heist sie auch die gemeine Substitution. Bey der pupillarischen ist dieß anders, wie wir im folgenden Titel hören werden. Nicht jeder Testator kann sie vornehmen, nur der Vater kann **seinem unmündigen Kinde** pupillarisch substituiren. Auch die quasipupillarische

larische kann nicht jeder Erblasser vornehmen. Die Eltern allein können den blödsinnigen Kindern auf diese Weise substituiren.

§. 500. Doppelter Fall dieser Substitution.

Der Fall der gemeinen Substitution: wann der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird, faßt wieder zwey besondere Fälle in sich, a) wann er nicht Erbe seyn will, die Erbschaft ausschlägt; b) wann er nicht Erbe seyn kann. (* 1)

Den ersten Fall heist man *casum noluntatis*, den letzten *casum impotentiae*. Wer sich also kurz und doch richtig ausdrücken will, muß sagen; A. soll mein Erbe seyn, wird er aber nicht Erbe werden: so soll es B. seyn. Gesetzt aber, der Testirer substituirt nur auf den casum noluntatis, oder nur auf den casum impotentiae. Hier gilt die Regel: der Fall des Nichtwollens begreift den Fall des Nichtkönnens in sich, und umgekehrt; (casus noluntatis sub se complectitur casum impotentiae, et casus impotentiae complectitur casum noluntatis.) Man denke also den Fall: der Testirer hat gesagt:

A. soll mein Erbe seyn.
Will er meine Erbschaft nicht antreten: so soll sie B. haben.

Nun stirbt aber A. noch vor dem Testator, er kann also dessen Erbe nicht seyn. Bekommt der Substitut B. die Erbschaft? Allerdings. Dann obgleich nur der Fall des Nichtwollens ausgedrückt ist: so ist doch der Fall des Nichtkönnens stillschweigends darunter begriffen. Ein gleiches hat statt, wann der Testator nur den Fall des Nichtkönnens ausdrückt, und der Erbe die Erbschaft wohl antreten könnte, aber nicht will. Dann auch in diesem Fall wird der Substitut dazu gelassen. (* 2)

(1) *Reinharth* ad *Christin.* vol. 4. obs. 25.

(2) Dieser Satz: der Fall des Nichtwollens ist unter dem Fall des Nichtkönnens begriffen, und umgekehrt, ist zwar nicht ausser Zweifel; dann *Buchov* ad *Treutler* Vol. 2. Disp. 11. th. 6. lit. A. *Fachineus* in controvers. Lib. 4. Cap. 61. *Vinnius* ad pr. I. h. t. n. 3. und andere verwerfen ihn. Es ist auch freylich wahr, daß man kein ausdrückliches Gesetz dafür anführen kann. Allein es ist doch dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß, daß man seine Worte ausdehnend erkläre. Auch verordnet L. 4. pr. et §. seqq. D. de vulg. et pup. subst. daß die Pupillarsubstitution die vulgarem stillschweigends und implicite in sich fassen soll. Daraus läßt sich der analogische Schluß machen, daß der casus noluntatis den casum impotentiae ebenfalls in sich begreife. Wenigstens ist unsre Meynung in der Praxis angenommen. Man sehe *Fusar.* in tract. de subst. Part. 1. Quaest. 30. *Struv.* ex. 33. th. 13. *Hahn* ad *Wesenbec.*

Senbec tit. de vulg. et pup. subst. n 4. *Voet.* eod. tit. n. 12. *Berger* resolut. eod. tit. Quaest. 1. *Cocceji* iur. contr. eod. tit. Quaest. 5. *Stryk* de cautel. test. cap. 18. §. 9. *Walch* controvers. p. 176. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 98.

§. 501. Wer kann substituirt werden?

Die Substitution ist die Einsetzung eines zweyten Erben; also eine Erbeseinsetzung. Daraus folgt 1) wer zum ersten Erben eingesetzt werden kann, der kann auch substituirt werden, und die Personen, welche man als erste Erben nicht einsetzen kann, (sie sind im vorigen Titel §. 486. und 487. beschrieben), die kann man auch nicht substituiren. 2) Mehrere können an die Stelle eines einzigen substituirt werden; z. E.

A. soll mein Erbe seyn.
Will oder kann er es aber nicht werden, so soll es B. und C. seyn.

Aber auch Einer an die Stelle von mehreren; z. E.

A. und B. sollen mich erben.
Wann aber keiner von ihnen mich erben kann oder will: so soll C. substituirt seyn;

und mehrere einzelne an die Stelle von mehreren einzelnen, (singuli in locum singulorum) z. E.

A. und B. sollen meine Erben seyn.
Sollte aber einer oder der andere nicht wollen, oder nicht können mein Erbe seyn: so substituire ich dem A. den D. und dem B. den E.

3) Auch die Miterben können einander wechselsweise substituirt werden, z. E.

A. B. C. sollen meine Erben seyn.
Sollte einer oder der andere nicht wollen oder nicht können meine Erbschaft annehmen; so sollen ihm die übrigen substituirt seyn.

Dies heist substitutio reciproca oder mutua. Einige nennen sie auch breviloquam, weil sie kurz (brevi locutione) also ausgedrückt werden kann:

A. B. C. heredes sunto.
Eosque sibi invicem substituo.

Sie ist aber keine eigene und besondere vierte Gattung von Substitution, wie einige glauben; sondern eine gemeine, (substitutio vulgaris); und zwar eine Untergattung derselben. (* 1)

(1) *Giphanii* Explanatio difficilior. LL. cod. tit. de impub. et al. subst. pag. 57.

§. 502.

§. 502. Wie viel bekommt der Substitut? Er muß den Fall der Substitution erleben.

Der zweyte Erbe wird an die Stelle des ersten substituirt. Daraus folgt 4) daß der zweyte denselben Erbtheil bekommt, den der erste würde erhalten haben; wofern nemlich der Testator nicht ein anders verordnet. Z. E. es heist:

A. und B. sollen meine Erben seyn.
A. auf zwey Drittheil, B. auf ein Drittheil.
Dem A. substituire ich den C.
Dem B. aber den D.

Wann in diesem Falle A. nicht Erbe wird: so fallen dessen $\frac{2}{3}$ auf den C. und wenn B. wegfällt, so kommt sein $\frac{1}{3}$ auf den D. 5) Der Substitut muß den Fall erleben, auf den er substituirt ist. Wann er also stirbt, während der Zeit, als der erste Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft antreten soll: so ist die Substitution erloschen: z. E. es heist in dem Testament: A. soll mein Universalerbe seyn. Gesetzt aber, er will oder er kann es nicht werden: so soll mich B. erben. A. ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft annehmen soll, oder nicht. Er bittet also um Deliberationsfrist. Während derselben stirbt B. Nach seinem Tode schlägt A. die Erbschaft aus. Können jetzt die Erben des B. Anspruch daran machen? Nein; dann ihr Erblasser hat den Fall, auf den er substituirt war, (**wann A. nicht Erbe seyn will**), nicht erlebt. Die Substitution erlischt aber auch, sobald der erste Erbe die Erbschaft antritt. Denn nun ist der Fall der Substitution nicht vorhanden. Der Substitut soll nur alsdann zur Erbschaft gelangen, wann der erste Erbe **nicht Erbe werden wird.** Dieser ist aber nun Erbe geworden; folglich hat die Substitution ein Ende.

§. 503. Von der Regel: Substitutus substituto substitutus est instituto.

Die Substitutionen sind zu dem Ende erfunden, daß die Testamente nicht aus Mangel eines Erben zu Grunde gehen sollen. Daraus schließt dann unser Autor den Satz: wer dem Substituten substituirt ist, der ist auch dem Instituten (dem ersten Erben) substituirt. Z. E. es heist:

A. soll mein Erbe seyn.
Wann er nicht Erbe seyn kann oder will, soll es B. seyn.
Und wann es B. auch nicht seyn will, oder nicht seyn kann: so soll es C. seyn.

A. ist also institutus, B. ist substitutus instituto, C. ist substitutus substituto; eben darum aber ist er auch ein substitutus instituti, des A. nemlich. Dieser Satz scheint steril, allein er hat practische Folgen, die unter andern Vinnius, Cocceji und Huber zeigen. (* 1)

Man denke sich z. E. folgenden Fall:

Die Erben sind — — A. B. und C. jeder zu $\frac{1}{3}$
Dem A. ist substituiret: B.
Dem B. ist substituiret: D.

Also A. ist institutus, B. ist substitutus, D. aber substitutus substituto. Nun nehme man an, A. und B. fallen weg, können oder wollen nicht Erben seyn. Jetzt bekommt D. $\frac{2}{3}$ der Erbschaft. Nemlich er bekommt $\frac{1}{3}$, weil er ein Substitut des B. ist, und dieser auf $\frac{1}{3}$ eingesetzt war. Weil aber D zugleich ein Substitut des A ist, (nam substitutus substituto, etiam est substitutus instituto), so bekommt er auch das $\frac{1}{3}$, welches dem A. bestimmt war.

(1) *Vinnius* ad §. 3. I. h. t. *Cocceji* ius controv. tit. de vulg. et pup. substit. Qu. 2. *Huber* in praelect. h. t. n. 2.

TIT. XVI.

De pupillari substitutione.

§. 504. Was ist die pupillarische Substitution?

Die pupillarische Substitution ist eine Erbeseinsetzung, welche der Vater im Namen und statt seines unmündigen Kindes vornimmt, auf den Fall, wann es unmündig sterben wird. Sie ist zuweilen eine wahre Substitution, zuweilen nur zum Theil, zuweilen gar nicht. Ich sage, sie ist zuweilen eine wirkliche Substitution, in dem Fall nemlich, wann der Vater das unmündige Kind zum Erben ernennt, und dieses kein eignes Vermögen (peculium) hat. Sie ist zuweilen nur zum Theil, (respective) eine Substitution, wann der Vater das Kind zwar zum Erben ernennt, aber dieses auch eignes Vermögen besitzt. Z. E. das unmündige Kind hat 5000 Rthlr. mütterliches, vom Vater erbt es 10000 Rthlr. Wann ihm der Vater den A. pupillarisch substituirt: so ist seine Verordnung nur in Ansehung der 10000 Rthlr.

Rthlr. väterlichen Vermögens eine wahre Substitution; dann das Kind ist der erste Erbe von diesem Vermögen, der A. aber zweyter oder Nache be. Hingegen in Rücksicht auf die 5000 Rthlr. mütterliches Vermögen ist es keine Substitution; weil das Kind in Ansehung dieser nicht Erbe des Vaters, also der A. kein Nacherbe ist. Endlich ist aber auch die pupillarische Substitution zuweilen gar keine Substitution; in dem Falle nemlich, wann das unmündige Kind vom Vater nichts erbt, aber eignes Vermögen hat, und ihm nur für dieses pupillarisch substituirt wird. Dann jetzt fehlt es an einem zweyten oder Nacherben völlig. (* 1)

(1) Anderer Meynung sind, *Reuter* diss. de substitut. reciproca §. 1. not. und *Georg. Sam. Madihn.* diatr. vicissitudines substitutionis impuberum complexa §. 81. Sie glauben, die Pupillarsubstitution sey auch in dem Fall, wann der unmündige enterbt wird, eine wahre Substitution. Aber ihre Gründe beweisen nur, daß ihre Definition der Substitution, und nicht daß die Begriffe der römischen Juristen von dieser Handlung auf die pupillarische Substitution ohne Unterschied passen Schon das Wort substituere bringt es mit sich, daß man einen Erben an die Stelle des andern Erben setzt. Wo also dieses nicht geschieht, da ist keine Substitution.

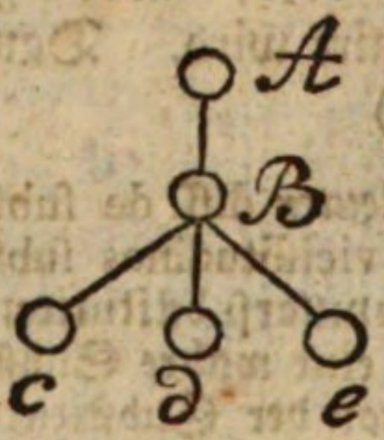
§. 505. Grundsätze derselben.

Bey der Pupillarsubstitution sind folgende Grundsätze zu bemerken: 1) das Fundament dieser Substitution ist die väterliche Gewalt 2) Die Ursache aber, warum die Gesetze dem Vater das Recht pupillarisch zu substituiren gegeben haben, liegt in der Unmündigkeit, welche nicht erlaubt zu testiren. Könnte das unmündige Kind selbst testiren: so brauchte der Vater kein Testament in dessen Namen, und statt seiner zu machen. 3) Diese Substitution enthält ein doppeltes Testament, zwar nicht in Ansehung der äusserlichen Solennitäten; es sind nicht mehr Solennitäten, als bey einem andern einfachen Testamente nöthig; aber doch in Ansehung der Erbeseinsetzung; dann der Vater ernennt a) sich selbst, und b) dem unmündigen Kinde einen Erben.

§. 506. Vom Grund der Pupillarsubstitution.

Der Grund der Pupillarsubstitution ist die väterliche Gewalt. Daher kann nur der Vater, und nicht die Mutter auf diese Weise substituiren. (* 1) (§. 99. 104.) 2) Der Vater kann nur den Kindern pupillarisch substituiren, die noch in seiner Gewalt sind, (suis); nicht denen, welche durch Emancipation oder auf andere Art davon frey geworden sind. Das ist gleichgültig, ob die Kinder zur Zeit des Testaments schon geboren sind, oder erst nachher geboren werden; man kann auch den posthumis pupillarisch substituiren. Sie

werden vermöge einer Rechtsfiction angesehen, als ob sie schon geboren, und in des Testators Gewalt wären. 3) Auch den Enkeln kann der Grosvater substituiren, die in seiner Gewalt sind, (*²) wofern sie nur nicht nach des Grosvaters Tod in des Vaters Gewalt fallen; dann in diesem Fall kann ihnen der Grosvater nicht substituiren. Z. E.



Man nehme an A habe seinen Sohn B, und seine Enkel c d e in der väterlichen Gewalt, und mache ein Testament. Kann er wohl den Enkeln pupillarisch substituiren? Nein; dann nach seinem Tode fallen sie in ihres Vaters B Gewalt. Dieser also kann und wird ihnen ihr Testament machen, wann ers nöthig findet. Gesetzt aber, der Vater B. wäre vor dem Grosvater A gestorben. Jetzt kann A seinen Enkeln pupillarisch substituiren.

Unser Autor aber setzt als eine Ausnahme zu; nisi ex formula legis Iuniae Velleiae. Diese Formel heist: filius meus heres esto; si vero me vivo suus heres esse desinit, nepos ex eo mihi heres esto; et si hic ante pubertatem decesserit, Pomponius ipsi substitutus esto. In dem gegebenen Fall würde A also sagen müssen: Mein Sohn B soll mein Erbe seyn. Wird er bey meinen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt gehen, die Enkel c d e aber darinn bleiben, so sollen diese meine Erben seyn; und wann sie in der Unmündigkeit sterben, soll ihnen X substituirt seyn.

4) Auch den enterbten Kindern kann der Vater pupillarisch substituiren; dann die Enterbung hebt die väterliche Gewalt nicht auf. (§. 154.) Der Fall wird zwar nicht leicht vorkommen; dann welcher Vater wird auf die Gedanken kommen, ein unmündiges Kind zu enterben, er müßte es dann bona mente thun. Indessen ist es doch möglich. Nur kann der Vater alsdann dem Substituten des enterbten Kindes keine Vermächtnisse zu bezahlen auflegen. Der Grund davon steht in der Note: weil man niemanden oneriren, mit Vermächtnissen beschweren soll, den man nicht honoriret, d. i. dem man nichts hinterlassen hat.

5) Die

5) Die Pupillarsubstitution erlischt, wann das unmündige Kind emancipirt, oder auf andere Art bey Lebzeiten des Vaters von dessen Gewalt frey wird. Dann die Gesetze erfordern, daß wann die substitutio pupillaris gelten soll, das unmündige Kind sowohl zu der Zeit, da das Testament gemacht wird, als zu der Zeit, da der Testator stirbt, in dessen Gewalt sey. (* 3) Endlich geht auch diese Substitution zu Grunde, wann das unmündige Kind nach des Vaters Tod arrogirt wird. Indessen schadet dies dem substituto nichts. Dann der arrogator eines Unmündigen muß, wie wir oben im Titel de adopt. gehört haben, (§. 145.) Caution stellen, daß er, im Fall das Kind unmündig stirbt, dessen Vermögen rechtmäßigen Erben herausgeben wolle. Dergleichen aber ist der Substitut. Dieser also, wie Bachov sagt, bona, quae summo iure non poterat, iure cautionis consequitur. (* 4)

(1) *Cocceji* ius controvers. h. t. Qu. 10. *Struv.* Ex. 33. th. 23. *Berger* resolut. h. t. Qu. 2. *Wernher* Tom. 1. P. 5. obs. 157. p. 1070. *Stockmann* diss. ad L. 33. D. h. t. Lips. 1779. Der mütterliche Grosvater kann gar nicht pupillariter substituiren. *Georg. Dav. Richerz* diss. variae quaestiones circa testam. avi materni. Giss. 1775. §. 7.

(2) Wie aber, wann ein Sohn durch Anstellung eigner Oeconomie aus der väterlichen Gewalt gegangen, gestorben ist, und Kinder hinterlassen hat: kann diesen den Grosvater pupillarisch substituiren? Eine in unsern Tagen berühmt gewordene Streitfrage, als sich der Fall im Hannövrischen zutrug. Just. Henning Böhmer schrieb dawals seine Dissertation de statu liberorum sui iuris factorum per separationem vel nuptias, und behauptete, die Substitution sey gültig. Aber Grupen widerlegte dessen Gründe in s. Disceptat. forens. S. 208. u. f. f. weitläuftig. Georg Ludw. Böhmer suchte seinen Vater in der Vorrede zum Tom. 1. Exercit. ad Pand. zu vertheidigen. Der Proceß kam an das Oberappellationsgericht zu Celle, und die Substitution wurde für ungültig erklärt. M. s. *Pufend.* Tom. 3. obs. 1. Ich glaube mit Recht; dann die väterliche Gewalt wird durch die Anstellung eigner Oeconomie aufgehoben; folglich hören auch ihre Wirkungen auf, insonderheit das Recht pupillarisch zu substituiren. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 27.

(3) *Hunn* in resolut. pag. 461. Qu. 11.

(4) *Bachov* ad *Treutler.* Vol. 2. Disp. 11. thes. 8. lit. D. thes. 9. lit. F. *Idem* ad prota Pand. tit. de adopt. p. 212. n. 12. *Martini* tract. de substitut. pupillari, cap. 5. §. 9. ibique cit. Wann übrigens *Denecken* diss. de successione ex pupillari substitut. § 16. in dem fünften Satz dieses Paragraphs einen schändlichen Fehler glaubt gefunden zu haben, so ist seine Anmerkung eigentlich selbst ein schändlicher Fehler.

§. 507. Auf wie lange kann man pupillarisch substituiren?

Die Ursache, warum die Gesetzgeber dem Vater das Recht pupillarisch

zu substituiren ertheilt haben, liegt in der Unmündigkeit, und dem daraus entspringenden Hinderniß ein Testament zu machen. Daraus folgt 6) daß man den Kindern nicht über die Jahre der Unmündigkeit, das heist, Söhnen nicht länger als bis in das 14te, Töchtern nur bis in das 12te Jahr substituiren kann. Auf kürzere Zeit ihnen zu substituiren, ist erlaubt. Gesetzt also, der Vater sagt, mein Sohn soll mein Erbe seyn, wird er aber vor dem 25ten Jahre sterben: so substituire ich den A. Diese Verordnung ist ungültig, sie gilt nämlich nur bis zu den Jahren der Mündigkeit. Denn 7) sobald das Kind, dem ich pupillarisch substituire, diese Jahre erreicht, so ist die Substitution erloschen. Habe ich auf kürzere Zeit substituirt, z. E. nur bis in das zehende Jahr, so erlischt die Substitution schon in diesem Jahre.

§. 508. Ist ein Testament, worin pupillarisch substituirt wird, ein doppeltes?

Die alten Juristen stritten, ob ein Testament, das eine pupillarische Substitution enthält, als ein einfaches oder als ein doppeltes angesehen werden müsse? Justinian ergriff einen Mittelweg. Er sagt, es ist in gewisser Rücksicht ein einfaches, und in anderer Rücksicht ein doppeltes Testament. Ein doppeltes; dann es wird darin über zwey Erbschaften disponirt, über des Vaters und über des Kindes seine. Daher muß man a) sowohl des einen als des andern Tod abwarten, und es sind zwey Erbantretungen nöthig. b) Es ist nicht erforderlich, daß über des Vaters, und über des Kindes Verlassenschaft zu Einer Zeit (uno contextu) disponirt werde; c) das eine Testament kann mündlich, das andere schriftlich gemacht werden. Aber es ist auch ein einfaches Testament; dann a) es ist nur Ein Testator da; b) es sind nur sieben Zeugen nöthig; c) nur Eine Falcidia wird abgezogen. (*1) Will 8) der Vater ordentlich zu Werke gehen: so muß er zuerst sich, und alsdann dem unmündigen Kinde einen Erben ernennen. Geschieht indessen beydes in demselben actu; so schadet es nichts, wenn auch die Ordnung umgekehrt wird.

9) Wann der Fall der pupillarischen Substitution existirt, das heist, wann das Kind unmündig stirbt: so bekommt der Substitut nicht nur das väterliche, sondern auch des Kindes eignes Vermögen, und geht allen Verwandten, selbst der Mutter vor. Aber kann denn diese nicht wenigstens den Pflichttheil fordern? Einige Juristen (*2) sagen mit unserm Autor ja. Dann der Vater mache das Testament im Namen des Kindes, und dieses sey seiner Mutter den Pflichttheil schuldig. Allein L. 8. §. 5. D. de inoff. testam. sagt das Gegentheil ganz deutlich. Daher behaupten auch die bewährtesten Juristen. (*3)

daß

daß man die Vorschrift dieses Gesetzes befolgen, und sich durch keine weit hergeholte Argumente irre machen lassen müsse.

10) Wann das Testament des Vaters nicht gilt: so gilt auch die darin enthaltene Pupillarsubstitution nicht. Ein einziger Fall ist ausgenommen; wann das väterliche Testament als inofficiosum aufgehoben wird. Der Vater hat sein unmündiges Kind ohne gegründete Ursache enterbt, und ihm pupillarisch substituirt. Es stellt also gegen das Testament querelam inofficiosi an, und stößt es um. Hier bleibt die pupillarische Substitution bey Kräften. Dann, wie wir im Titel de querela inofficiosi hören werden, wirft diese Klage blos die Erbeseinsetzung um, alle andere Verordnungen des Testaments läßt sie gültig.

(1) *Madihn* am a. O. §. 21. ist anderer Meynung, und glaubt, das Testament welches eine Pupillarsubstitution enthält, sey in allem Betracht nur Ein Testament.

(2) Z. E. *Finkelth.* obs. 29. n. 17. sqq. *Harpprecht* ad I. h. t. n. 47. *Brunnemann* ad L. 8. §. 5. D. de inoff. testam.

(3) *Carpzov.* P. 3. C. 8. D. 1. *Hartm. Pistor* obs. 30. *Merenda* controv. Lib. 3. Cap. 40. *Ant. Faber* conject. Lib. 15. Cap. 9. *Franzk.* Exerc. 6. Qu. 7. *Stryk* de caut. testam. cap. 18. membr. 2. §. 16. Decis. Cassell. Tom. 1. Decis. 66. *Heisler* Diss. de pupillariter substituto matrem excludente. *Madihn* tr. de substit. pup. §. 23.

§. 509. Von der substitutione quasipupillari.

Die dritte Gattung der Substitution ist die *quasi pupillaris*; oder *exemplaris*, oder *Iustinianea*. Quasi pupillaris heist sie, weil sie der pupillarischen ähnlich; exemplaris, weil sie nach dem Exempel jener erfunden, und Iustinianea, weil sie vom Justinian allgemein eingeführt worden ist; denn vorher mußte jeder, der auf diese Weise substituiren wollte, bey dem Landesherrn um Dispensation bitten. Sie setzt voraus, daß Eltern ein blödsinniges Kind haben, und befürchten, es möge in dieser Blödsinnigkeit sterben, daß sie ihm also auf diesen Fall einen Erben ernennen. Der Grund, welcher den Gesetzgeber zu dieser Verordnung bewog, ist, wie er in der L. 9. C. de impub. et al. substit. sagt, *humanitas*. Es ist billig, daß man den Eltern erlaube, den Blödsinnigen Kindern einen Erben zu ernennen, weil die Blödsinnige selbst ausser Stand dazu sind.

§. 510. Grundsätze bey dieser Substitution.

Also die väterliche Gewalt ist nicht der Grund der quasipupillarischen Substitution. Daher können 1) alle Ascendenten auf diese Weise substituiren.

2) Sie

2) Sie müssen aber, wie einige behaupten, das blödsinnige Kind wenigstens auf den Pflichttheil, zum Erben einsetzen. Denn wann sie es enterbten: so würden sie zeigen, daß sie keine Liebe für dasselbe hätten, gleichwohl sey die elterliche Liebe das Fundament dieser Substitution. (*1) 3) Sie dürfen nicht einsetzen, wen sie wollen, sondern a) wann der Blödsinnige Kinder hat: so müssen diese vor allen andern eingesetzt werden. b) Sind keine Kinder da, so müssen des blödsinnigen Eltern und Geschwister eingesetzt werden. Ich sage die Eltern; z. E. wann der Vater quasi pupillarisch substituirt: so muß er die Mutter auf den Pflichttheil einsetzen, und umgekehrt.

(1) Diese Meynung vertheidigen z E. *Hunnius* in resolut. p. 472. Qu. 22. *Vinn.* ad §. 1. I. h. t. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 22. *Walch* controv. pag. 187. Aber das Gegentheil, daß man auch einem enterbten blödsinnigen Kinde exemplarisch substituiren könne, behaupten, wie ich glaube, mit Grund *Stryk* de cautel. testam. Cap. 18. membr. 3. §. 15. *Toullieu* in Diss. utrum filio exheredato possit exemplariter substitui, in collectan. n. 14. p. 366. Denn man kann nicht beweisen, daß die elterliche Liebe das Fundament der exemplarischen Substitution sey. Uebrigens behauptet *Bachov.* Vol. 1. disp. 11. th. 11. und *Toullieu* am a. O. man könne ein blödsinniges Kind nicht anders als *bona mente* enterben; eine Meynung der ich keinen Beyfall geben kann.

§. 511. Fortsetzung.

Welchen Kindern kann quasi pupillariter substituirt werden? Das Gesetz nennt nur die Blödsinnigen Daher behaupten auch viele Rechtsgelehrte, daß nur diesen substituirt werden könne. (*1) Aber in der Praxis dehnt man das Gesetz auch auf die gerichtlich erklärte Verschwender und Taubstumme aus, weil jene gar nicht, diese zuweilen nicht testiren können, und daher die Raison des Gesetzes auf sie eben so gut paßt, als auf die Blödsinnigen. (*2) Weil aber der Grund dieser Substitution darin liegt, das diese Personen nicht testiren können: so hört die Wirkung der Substitution auf, sobald das Impediment der Testamentsverfertigung gehoben ist; das heist, wann der Blödsinnige wieder den Gebrauch seiner Vernunft erhält, (*3) dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens wieder gegeben wird, der Taubstumme seine Gedanken zu erkennen geben lernet.

(1) *Hunnius* in resolut. pag. 474. *Perez* ad Cod. tit. de impub. et al. subst. n. 36. *Giphan.* explanat. difficil. LL. cod. eod. tit. pag. 60. *Huber* praelect. h. t. n. 5. *Madhin* vicissit. subst. exemplaris. §. 11. *Zepernick* ad *Beck* de Nov. Leon. pag. 133.

(2) *Voet.*

(2) *Voet.* h. t. n. 6. *Stryk* caut testam. Cap. 1. membr. 3. §. 13. 14. *Struv.* ex 33. th. 36. ibique *Muller.* *Vinn.* ad §. 1. h. t. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 42. *Rotgersius* l. c. (§. 497.) pag. 718. sqq.

(3) Daher kann auch den Blödsinnigen welche Zwischenzeiten haben nicht exemplarisch substituirt werden. *Huber* l. c.

§. 512. Von der militarischen Substitution.

Gleichwie der Soldat überhaupt an die Regeln nicht gebunden ist, die ein paganus bey seinem Testament beobachten muß: so ist er auch insonderheit nicht schuldig, die Regeln der Substitution zu befolgen. Uebrigens sind seine Substitutionen, so wie bey den paganis, entweder vulgares, oder pupillares, oder quasi pupillares; und man kann daher nicht sagen, wie viele thun, es gebe vier Gattungen der Substitution: vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem und militarem. Die Privilegien des Soldaten in dieser Materie sind: 1) daß er seinen Kindern über die Jahre der Pubertät substituiren kann; z. E. sagen kann: mein Sohn soll mein Erbe seyn, wird er aber vor dem 25ten Jahre sterben: so soll ihm A. substituirt seyn. 2) Er kann auch einem fremden Erben auf den Fall directe substituiren, wann er Erbe werden wird. Der paganus kann einem fremden Erben nur auf den Fall substituiren, wann er nicht Erbe seyn will oder kann. Der Soldat kann z. E. sagen: A. soll mein Erbe seyn, aber nur auf zehen Jahre lang, hingegen nachher soll ihm B. substituirt seyn. Bey einem pagano würde diese Verordnung nicht als eine substitutio directa, sondern nur als ein Fideicommiß gelten können, in sofern die Absicht des Testators, daß sie als ein Fideicommiß gelten solle, (animus fideicommittendi) aus der Disposition ersichtlich wäre. (*1) Hingegen bey einem Soldat gilt sie als eine directe Substitution, und diese ist von einem Fideicommiß sehr verschieden. (*2) Indessen kann freylich der Soldat nur in Ansehung des Vermögens substituiren, das sein Erbe von ihm (dem Soldaten) erbt; nicht in Ansehung desjenigen, welches der Erbe schon zuvor besessen hat.

(1) *Struv.* Ex. 33. th. 40.

(2) Wann nemlich ein paganus diese Verordnung macht, so würde zwar A. nach Verlauf der zehen Jahre die Erbschaft an den B. abtreten müssen, aber doch die Trebellianische Quart abziehen können. (§. 614.)

TIT. XVII.

Quibus modis testamenta infirmantur.

§. 513. Mancherley Arten von ungültigen Testamenten.

Aus mancherley Ursachen geschieht es, daß ein Testament entweder gleich anfangs, da es gemacht wird, nicht gilt, oder nachher seine Gültigkeit verliehrt. Diese ungültige Testamente sind von gar verschiedener Art. Einige heissen nulla; einige iniusta; andere rupta; andere irrita; andere destituta; noch andere rescissa. Die 33. Tabelle zu diesem §. legt die Verschiedenheit dieser Testamente auf einmal vor Augen. Wir wollen sie nach der Reihe durchgehen.

§. 514. Was ist testamentum nullum?

Nullum heist ein Testament, wann es eines innerlichen Mangels wegen gleich von Anfang an nicht gilt. Dahin gehört der Fall 1) wann in der Erbeseinsetzung ein Fehler begangen ist; nemlich a) solche Personen, die bey Strafe der Nullität eingesetzt oder enterbt werden müssen, sind nicht eingesetzt auch nicht enterbt, sondern mit Stillschweigen übergangen; oder b) es ist eine nicht erbfähige Person z. E. ein Apostat, ein nicht bestätigtes Collegium u. s. w. eingesetzt. 2) Wann der Testator zu testiren nicht befugt war, z. E. wann ein Verschwender testirt hat.

§. 515. Was ist testamentum iniustum?

Iniustum hingegen heist das Testament, wann es wegen eines äusserlichen Mangels von Anfang ungültig ist, z. E. wann keine sieben Zeugen dabey, oder die Zeugen nicht rogirt gewesen sind, oder wann es an der Einheit der Handlung fehlt; der Testirer das Testament weder geschrieben noch unterschrieben hat. Uebrigens muß ich noch anmerken, daß die Distinction zwischen einem testamento nullo und iniusto in den Gesetzen nicht vorkommt, sondern modern ist. Die alten römische Juristen nennen ein Testament, welches gleich Anfangs nicht gilt, *iniustum*, *non iure factum*, *non iure civili factum*, *imperfectum*, *inutile*, *nullius momenti*, es mag nun einen innerlichen oder äusserlichen Fehler haben; S. L. 1. L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. D. de iniust. rupt. pr. I. de exhered. lib. *Theophilus* ad pr. I. h. t.

§. 516. Grundsätze vom testamento nullo und iniusto.

Beyde Arten von Testamenten, sowohl die nulla als iniusta sind ganz, nach ihrem völligem Inhalte ungültig; nicht nur die Erbeseinsetzung, sondern auch die Vermächtnisse, Fideicommisse, und was sonst im Testament enthalten ist, geht zu Grund. Dieß ist ganz ausgemacht; nur in dem Fall wird disputirt, was Rechtens sey, wann das Testament für null erklärt wird, weil der Vater seine Kinder darin übergangen hat: ob es nemlich in diesem Fall ganz null sey, oder ob blos die Erbeseinsetzung umfalle, und die übrige Verordnungen des Testaments bestehen bleiben. In der Auth. ex causa C. de lib. praeterit. heist es ganz allgemein: ex causa exheredationis vel praeteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones, cetera namque firma permanent. Allein nach der 115. Novelle, woraus diese authentica genommen ist, läßt sich jener Satz nicht allgemein behaupten, wie wir im folgenden Titel sehen werden. Zuweilen wird ein testamentum iniustum noch durch Hülfe einer gewissen Clausel zum Theil erhalten, welche man die Codicillarclausel nennt, und die im 628. §. beschrieben wird.

§. 517. Was ist tastamentum ruptum?

Das testamentum *ruptum* ist von zweyerley Art. Die erste Art ist folgende. Nach Verfertigung des Testaments bekommt der Testator einen *postumum*, das heist, es kommt jemand mit dem Testator in eine Verbindung, vermöge deren er nothwendig hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen; gleichwohl ist keines von beyden geschehen; jetzt ist das Testament ruptum. Dahin gehört a) wann dem Testator nach Verfertigung des Testaments noch ein Kind gebohren wird, das er im Testament gleichwohl nicht eingesetzt hat; b) wann der Testator nach der Testamentserrichtung jemanden arrogirt; c) wann er einen seiner Descendenten adoptirt. Dann wann er einen andern minus plene adoptirt: so wird das Testament nicht rumpirt; weil ein solcher adoptivus nur ab intestato erbt, und keinen Ansprch auf die Erbschaft seines Adoptivvaters machen kann, sobald dieser ein Testament macht. (§. 531.) d) Wann nach dem Testament ein unehliches Kind durch die Ehe, oder ein Rescript plene legitimirt wird; e) wann ein Sohn oder eine Tochter mit Tode abgeht, und Kinder hinterläßt, die sich in des Großvaters Gewalt befinden, gleichwohl im Testament weder eingesetzt noch enterbt sind.

§. 518. Fortsetzung.

Die zweyte Art von rumpirten Testamenten ist vorhanden, wann der Testator erklärt, daß sein zuvor errichtetes Testament nicht gelten solle. Auch

hier sind viele Fälle möglich. a) Wann er ein neues vollkommenes Testament macht. Denn wir wissen, daß das erste Testament durch das letzte aufgehoben wird. (§. 442.) b) Wann er vor Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht gelten solle, ohne übrigens ein anderes zu machen. c) Wann er sein Testament verbrennet, zerreißt, zerschneidet, durchstreicht, etwas anders darauf schreibt, so, daß das Testament nicht mehr leserlich ist.

Ich habe gesagt, das erste Testament werde rumpirt durch ein zweytes. Dieses ist die Regel, deren Ampliationen, (wie die Alte sagen,) und Einschränkungen ich nun vorzutragen habe.

Erste Ampliation. Das erste Testament wird durch das letzte rumpirt, wann gleich der im letzten eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt, oder vor dem Testator gestorben ist. Denn sobald das letzte gemacht wurde, gieng das erste zu Grund. Dadurch, daß das letzte in der Folge seine Gültigkeit auch wieder verliehrt, erhält sie das erste nicht wieder. Testamentum semel ruptum, semper ruptum manet.

Zweyte. Das erste ist und bleibt also auch rumpirt, wenn der Testator das letzte wieder aufgehoben hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle.

Dritte. Das erste Testament wird durch das nachfolgende rumpiret, wann jenem gleich die *clausula cassatoria* oder *derogatoria* angehängt ist; das heist, wenn der Testator im Testament gesagt hätte, dieses solle schlechterdings sein letzter Wille seyn und bleiben; und wenn er auch etwas anders diesem zuwider verordnen sollte, so wolle er solches hiermit zum voraus für null und nichtig erklären. Diese Clausel ist ohne Wirkung. Sie hindert den Testator nicht, das erste Testament zu ändern. Dann Niemand ist im Stande sich selbst ein Gesetz aufzulegen, von dem er nicht wieder abgehen könnte. Indessen legen doch viele Juristen jener Clausel einige Wirkung bey. Sie behaupten nämlich, daß ein Testament, dem sie angehängt ist, nicht anders entkräftet werde, als wenn der Testator im letzten Testament des erstern gedenke und es ausdrücklich aufhebe. (* 2)

Einschränkungen der obgedachten Regel sind, erstlich wann das erste Testament durch das letzte soll rumpirt werden: so muß das letzte gültig seyn. Das erste also wird nicht rumpirt, z. E. wann das letzte nullum oder iniustum ist, weil der Vater darin seinen Sohn übergangen hat, weil es an der gehörigen Anzahl der Zeugen fehlt, u. s. w. Zweytens: wann das letzte leer ist. Es findet sich ein von Zeugen unterschriebenes und untersiegeltes Papier, das aber übrigens unbeschrieben ist. Dieser Fall möchte sich indessen schwerlich in der Welt je zugetragen haben. Drittens; wann in dem letzten ein Erbe unter einer Condition *de praesenti* oder *de praeterito* eingesetzt ist,

welche

welche nicht existiret. Z. E. Im Jahr 1770. macht Jemand sein erstes Testament. Im Jahr 1780. am 1ten Febr. macht er das zweyte, und sagt darinn: wann an dem heutigen Tage, da ich dieses Testament mache, A. schon Doctor der Rechte ist: so soll er mein Erbe seyn. Als der Testator gestorben ist, und das Testament eröffnet wird, zeigt sichs, daß A. am ersten Febr. 1780. noch nicht Doctor war. Jetzt ist das erste Testament durch das letzte nicht rumpirt. Dann das letzte Testament war gleich anfangs ungültig, weil die Condition der Erbeinsetzung nicht existirte; folglich kann das erste dadurch nicht rumpirt werden. (* 1) Ganz anders verhält es sich, wenn der Testator im letzten Testament conditionem *de futuro* beyfügt. Diese mag unmöglich oder möglich seyn, existiren oder nicht existiren, so ist das erste Testament rumpiret. Z. E. wenn es im letzten Testament heist: A. soll mein Erbe seyn, wenn er Doctor werden wird. In diesem Fall ist das erste Testament ruptum, A. mag nun Doctor werden oder nicht. Der Sitz dieser Materie ist L. 16. D. de iniust. rupt. irrit. testam.

Vierte Einschränkung. Wann ein Testator zwey Testamente macht, in dem letzten nur einen Erben auf eine gewisse Sache ernennt, und erklärt, daß das erste nicht aufgehoben seyn solle: so gelten sie beyde, und zwar folgendergestalt: der im letzten Testament eingesetzte Erbe tritt die Erbschaft an, und giebt sie dem Erben, der im ersten eingesetzt ist, heraus, bis auf die einzelne Sache, welche ihm angewiesen ist. (* 2) Noch berührt unter A. die Frage, was Rechtens sey, wenn sich zwey Testamente finden, welche einerley Datum haben? Nach dem Civilrecht galt keines davon. Der Prätor aber erhält beyde, giebt den in beyden Testamenten eingesetzten Erben bonorum possessionem secundum tabulas. Diese Verordnung ist in der L. 1. §. 6. de B. P. sec. tab. enthalten, und ist deswegen sehr merkwürdig, weil sonst die Regel ist: paganus cum duobus testamentis decedere nequit. Der Prätor setzt also voraus, daß die mehrere Testamente einerley Datum haben, *duos codices simul signatos*, und sieht sie als *plures tabulas eiusdem testamenti* an. Sein Edict läßt sich also nicht auf den Fall ausdehnen, wann sich zwey Testamente finden, deren keins ein Datum hat, oder nur das Eine datirt ist. *Mollenbec* diss. de duobus testamentis simul validis, cap. 5. §. 6. wiewohl viele das Gegentheil behaupten. S. z. E. *Stryk* de success. ab intest. diss. 9. cap. 4. §. 37. (* 3)

Wir gehen nun zur zweyten Art ein Testament umzustossen, wenn der Testator vor Zeugen erklärt, daß sein Testament nicht gelten solle. Hier bemerke man, wenn man ein Testament vor einem oder vor zwey Zeugen

widerruft: so thut es dem Testament nicht den mindesten Schaden; es behält seine Gültigkeit. Wie aber, wenn man es vor drey, vier, fünf, sechs oder sieben Zeugen widerruft? Nach einer Verordnung des Kayser Honorius in der L. 6. Cod. Theodos. de testam. et codicill. soll ein Testament ungültig seyn, sobald es zehen Jahre alt ist, wenn es auch gleich der Testator nicht widerrufen hat. Der Gesetzgeber glaubte, binnen zehen Jahren änderten sich die Verbindungen und Gesinnungen eines Menschen dergestalt, daß man nicht annehmen könne, er wolle noch eben das, was er vor zehen Jahren gewollt hat. (* 4) Justinian aber änderte dieses Honorische Gesetz in der L. 27. Cod. de testam. indem er festsetzte: ein Testament sollte durch das Alter von zehen Jahren allein nicht ungültig werden. Wenn aber der Testator vor wenigstens drey Zeugen erkläre, daß das Testament nicht gelten solle, und zehen Jahre verstrichen wären: dann solle das Testament ungültig seyn; oder wie die Worte selbst lauten: Sin autem testator tantummodo dixerit, *non voluisse prius stare testamentum*, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc per testes idoneos, non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.

Diese Verordnung wird auf dreyerley Art erklärt. 1) Einige (* 5) sagen, ein Testament wird durch die Revocation vor 7. 6. 5. 4. oder 3. Zeugen sogleich umgestossen. Denn Justinian verordne nur, das Testament solle aus dem Grund allein nicht ungültig seyn, wenn es zehen Jahre alt wäre; er wolle, daß zu dem Ablauf der zehen Jahre noch die Revocation hinzu kommen müsse; aber er wolle nicht, daß wenn die Revocation geschehen sey, auch noch der Ablauf von zehen Jahren dazu kommen solle. Ich halte aber diese Meynung für unrichtig. Denn wenn Justinian nicht gewollt hätte, daß jedesmal beydes zusammen da seyn sollte, Revocation und Ablauf des Decenniums: so hätte er ohne die größte Ungereimtheit im Gesetz nicht sagen können: si hoc per testes manifestaverit *et* decennium fuerit emensum; und eben so wenig: tunc irritum est testamentum; *tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.* Die contraria voluntas thäte ja allein diese Wirkung, und der cursus temporis trüge nichts dazu bey. 2) Andere glauben, (* 6) die Revocation vor 7 Zeugen benehme dem Testament sogleich seine Gültigkeit. Würde es aber vor 6. 5. 4. oder 3 Zeugen widerrufen: so verliehre es seine Kraft erst, nachdem es zehen Jahr alt geworden sey. Z. E. wenn es im Jahr 1760 gemacht, im Jahr 1765. widerrufen ist: so gelte es noch bis ins Jahr 1770. Diese Meynung ist zur Hälfte wahr. Nemlich die dritte, und wie ich glaube, richtige Meynung ist: keine vor Zeugen geschehene

schehene Revocation entkräftet das Testament sogleich, wann sie auch vor sieben Zeugen geschieht, sondern es muß noch jedesmal der Ablauf des Decennium hinzukommen. (* 7) Diese Meynung läßt sich a) daraus beweisen, daß Justinian sagt: wann das Testament vor wenigstens drey Zeugen widerrufen wird, und das Decennium verstreicht: so gilt es nicht. Diese Worte sind allgemein, und begreifen auch die Revocation vor 7. Zeugen in sich. Ferner sagt Justinian, wenn das Testament vor wenigstens drey Zeugen oder vor Gericht widerrufen wird, und der Ablauf von zehen Jahren hinzukommt ꝛc. Nun aber kann die Revocation vor 7. Zeugen nicht mehr Wirkung haben, als die Widerrufung vor Gericht. Also ist auch jene, so wenig als diese, allein hinreichend, das Testament zu entkräften. Daß das Decennium übrigens nicht von der Zeit der Revocation, sondern von der Verfertigung des Testaments an laufe, erhellet aus dem bisher besagten; und wenn verschiedene Juristen es von der Revocationszeit an zählen wollen, so ist ihre Meynung den klaren Worten der L. 27. cit. entgegen.

(1) Die Fälle, wo das erste Testament durch das zweyte nicht aufgehoben wird, erzählt vollständig *Ach. Lud. Car. Schmid* diss. de testamento priore posteriori derogante, Ien. 1755.

(2) Z. E. *Sande* Decis. Fris. L. 4. Tit. 1. Def. 10.

(3) Was Rechtens sey, wenn ein Testator in seinem zweyten Testament sagt, er wolle hierdurch sein erstes nicht aufgehoben haben, ist oben §. 454. erklärt worden.

(4) *Iac. Gothofredus* ad dict. leg. Tom. 1. pag. 386. vers. *possim tamen* &c. und vorzüglich *Herm. Cannegieter* obs. iur. rom. lib. 1. cap. 6.

(5) Z. E. *Marckart* interpret. receptar. lection. Lib. 2. cap. 1.

(6) Z. E. Consil. Marburg. Tom. 1. consil. 34. n. 48. pag. 514. *Mantica* de coniectur. ult. vol. Lib. 2. tit. 15. n. 19. *Puttmann* interpret. et observat. cap. 27. *Schott* Diss. de posteriore testam. imperf. Cap. 9. in opusc. pag. 80.

(7) *Merenda* controvers. Lib. 3. Cap. 44. *Faber* de error. pragmat. decad. 39 Err 6. *Vinnius* ad §. 7. I. h. t. *Bachov* ad *Treutl.* Vol. 2. Disp. 10. th. 7. lit. B. *Struv.* ex 32. th 42. *Stryk* de cautel. testam. Cap. 24. §. 36 *Lauterb.* coll. th pr. tit. de iniust. rupt. irrit. §. 13. *Cocceji* iur. controv. ibid. Qu. 9. *Bardili* diss. de revocatione ult. vol. Cap. 2. §. 15. *Herm. Cannegieter* l. c. cap. 5. *Heisler* diss. an et quatenus testamentum parent. int. lib. aliud testamentum auterius rumpat. (Hal. 1779.) cap. 1. § 4. sqq. *Prengel* diss. de testamento rupto (Giss. 1780.) §. 8. Auch bey mündlichen Testamenten muß der Ablauf von 10 Jahren zu der Revocation kommen, wenn sie wirksam seyn soll. Cramer N. St. 107. Th. 4. Stück.

§. 510.

§. 519. Zuweilen erhält der Prätor die rumpirte Testamente.

Ein rumpirtes Testament geht ganz mit allen seinen Verordnungen zu Grund. Doch zuweilen wird es vom Prätor erhalten. Dieser hat nämlich die Regel festgesetzt, wann der Umstand, wodurch das Testament rumpirt worden ist, noch bey Lebzeiten des Testators wieder wegfällt: so soll das Testament gelten, und der darin ernannte Erbe bonorum possessionem verlangen können. Dahin gehören folgende Fälle: 1) wenn der postumus, welcher das Testament rumpirt hat, noch vor dem Vater gestorben ist. 2) Wenn das erste Testament durch ein zweytes rumpirt worden ist, der Testator aber das letzte wieder zernichtet hat, in der Absicht, daß das erste gelten solle. (*1) Schmid (*2) rechnet auch hieher 3) den Fall, wenn im letzten Testament ein Erbe unter einer Condition de futuro ernennt ist, und diese nicht existiret. Diese Meynung aber halte ich für offenbar falsch. Dann hier wird das zweyte Testament erst nach dem Absterben des Testators ungültig.

(1) Diese Absicht ist facti, muß also erwiesen werden. *Stryk* de succeff. ab inteſtat. diff. 9. cap. 4. §. 32. Anderer Meynung ist *Schmid* diff. (§. 518. not. 1.) cit. §. 7.

(2) *Schmid* diff. cit. §. 8.

§. 520. Was ist testamentum irritum?

Irritum heist ein Testament, wenn der Testator den bürgerlichen Zustand verliehrt, der zur Testamentserrichtung nöthig ist; das heist, wenn er die größte, mittlere oder geringste Capitisdeminution leidet. Denn durch die größte Capitisdeminution wird er ein Sklave; durch die mittlere verliehrt er das Bürgerrecht, und wird als ein fremder angesehen; durch die geringste wird er ein filius familias. Nun kann aber kein Sklave, kein Fremder und kein filius familias testiren; und das römische Recht hat die Regel, wann das Testament gelten soll, so muß der Testator bis an seinen Tod den zum testiren erforderlichen Zustand behalten. Also ist offenbar, daß in allen eben beschriebenen Fällen das Testament ungültig werden muß.

§. 521. Der Prätor erhält es zuweilen.

Auch di-ser Art von Testamenten kommt indessen der Prätor zuweilen zu Hülfe. Wann nemlich das Testament durch den Verlust des bürgerlichen Zustandes irritum geworden ist; der Testator aber vor seinem Tode den verlohrnen Zustand wieder erhalten hat; das heist als ein römischer Bürger und pater familias gestorben ist: so spricht der Prätor dem eingesetzten Erben die Verlassenschaft zu, (bonorum possessionem dat.) Nur ist zu bemerken:

wenn

wenn der Testator arrogirt, und dadurch das Testament rumpirt worden; der Arrogirte aber nachher wieder emancipirt worden ist: so ist, um dem Testament seine Gültigkeit wieder zu geben, nöthig, daß der Testator erklärt, er wolle, daß sein Testament gelten solle. Die Ursache ist, wer arrogirt wird, willigt in die Arrogation; willigt also zugleich in die Aufhebung seines zuvorgemachten Testaments. Daher muß e. billig auch nachher wieder erklären, daß das Testament gelten solle. (*1)

(1) *Stryk* de succeſſ. ab inteſt. diſſ. 9. cap. 4. §. 29.

§. 522. Was ist testamentum destitutum?

Ein Testament heist *destitutum* oder *desertum*, wann der eingesetzte Erbe die Erbschaft ausschlägt; oder wann er sie nicht antreten kann, weil er a) vor dem Testator gestorben; oder b) zwar nach dem Testator aber doch eher gestorben ist, als er die Verlassenschaft auf seine Erben transmittiren konnte; (§. 546.) oder endlich c) weil die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht erfüllt worden ist. In allen diesen Fällen ist das Testament ungültig, und die Intestaterben gelangen zur Verlassenschaft, ohne daß sie schuldig wären, die im Testament ausgesetzten Vermächtnisse zu bezahlen.

§. 523. Was ist testamentum rescissum?

Die sechste Art von ungültigen Testamenten sind die *rescissa*. Man heist ein Testament *rescissum*, wenn jemand die querelam inofficiosi dagegen angestellt, und den Proceß gewonnen hat. Was das heist, wird im folgenden Titel erklärt werden.

TIT. XVIII.

De querela inofficiosi.

§. 524. Was ist die Wirkung der Exheredation und Präterition?

Wir wissen, was die Enterbung und Präterition ist; (§. 474.) haben auch gehört, was die Form der erstern ist, (§. 476.) und die gerechten Ursachen dazu (§. 477. u. f.) sind. Dieser Titel, einer der schwersten in unserem Buche, beschreibt die Wirkungen, sowohl der Enterbung als der Präterition.

rition. Sie sind: daß der Enterbte oder übergangene zuweilen das Testament **rumpiret**, zuweilen es als **nichtig** (nullum) impugniren; zuweilen *bonorum possessionem contra tabulas* suchen, und zuweilen *querelam inofficiosi* anstellen kann.

§. 525. Fortsetzung.

Nämlich 1) wenn jemand schon **zur Zeit des errichteten Testaments** vorhanden ist, der nothwendig, **vermöge der Civilgesetze** hätte müssen eingesetzt oder enterbt werden, gleichwohl nicht eingesetzt auch nicht enterbt, sondern übergangen ist: so ist das Testament null. Wenn hingegen jemand **erst nach Verfertigung** des Testamentes mit dem Testator in eine solche Verbindung kommt, vermöge der er **nach den Civilgesetzen** hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen, gleichwohl aber übergangen ist: so rumpirt er das Testament. 3) Wer übergangen ist, da er doch **nach dem Edict des Prätors** hätte eingesetzt oder enterbt werden müssen, sucht bonorum possessionem contra tabulas. 4) Wann jemand auf **eine erlaubte Art** übergangen, das heist, wenn ein solcher übergangen ist, der weder nach dem Civilrecht, noch nach dem Prätorischen Edict nothwendig eingesetzt oder enterbt werden muß: oder auch wenn jemand **nach der schon in den alten Gesetzen bestimmten Form** (rite) enterbt ist: so muß er querelam inofficiosi anstellen. Nur bemerke man noch, in der 115. Novelle ist verordnet, daß wenn Kinder oder Eltern enterbt oder präteriret werden, eine gesetzliche Ursache angeführt werden soll, und daß, wann keine angeführt wird, oder keine gesetzliche, das Testament quoad institutionem zu Grunde gehen soll. Es entsteht also die Frage: ob querela nullitatis oder inofficiosi statt finde? Viele behaupten das letzte. (*1) Aber ich glaube, daß querela nullitatis statt habe. Dann die in der Novelle vorgeschriebene Form ist nicht beobachtet; was aber nicht nach der gesetzlichen Form geschieht, ist null; anderer Gründe nicht zu gedenken. (*2) Niemand denke übrigens, daß diese Sätze ohne practischen Nutzen seyen. Nein; denn die drey Klagen, querela nullitatis; querela inofficiosi und das Gesuch um bonorum possessionem contra tabulas sind sehr unterschieden. 1) Die querela nullitatis dauert 30. Jahre, die querela inofficiosi nur fünfe. 2) Jene geht auf die Erben, diese nicht, ausser wenn sie präparirt ist. (§. 535.) 3) Jene wirft zuweilen das ganze Testament um, diese nur die Erbeseinsetzung. 4) Gegen die querelam inofficiosi kann der Beklagte excipiren, daß die Ursache der Enterbung wahr sey; diese Exception aber findet gegen die querelam nullitatis nicht statt. (*3) 5) Die bonorum possessio ist von den beyden Querelen darin unterschieden, daß Kinder und Eltern binnen einem Jahr, andere Personen binnen 100. Tagen gerichtlich darum bitten müssen, welche Zeiten

aber

aber erſt vom Tage der Wiſſenſchaft an laufen, das heiſt, von der Zeit an, da man erfährt, daß einem eine Erbſchaft angefallen ſey.

(1) *Fachineus* controverſ. lib. 4. cap. 9. *Vinn.* ad prooem. Inſtit. h. t. n. 3. et in quaeſt. ſelect. Lib. 2. Cap. 21. *Reinold.* diſſ. de cauſis, in quibus etiam nunc querela inoff. teſtam. eſt neceſſar. §. 15. ſqq. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. §. 17. *Huber* ad I tit. de exhered. lib. n. 13. 14. *Franzk.* Ex. 6. Qu. 4. *Voet.* ad *P.* h. t. n. 23. *Pufendorf* Tom 4. obſ. 76. §. 10.

(2) Dieſer Meynung ſind auch *Hunn.* in reſolut. pag. 434. Qu. 18. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 1. Diſp. 13. th. 1. lit. F. *Struv.* ex. 10. th. 15. *Stryk* in V. M. h. t §. 4. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 7. *Bauer* diſſ. de eo quod iuſt. eſt circa exheredat. §. 13. *Walch* controv. pag. 245.

(3) S. *Tob. Iac. Reinharth* diſſ. de querelar. nullitatis et inoff. teſtam. differentiis et uſu earundem practico Goett. 1736. beſonders *Chriſt. Gottl. Haubold* diſſ. ſub praeſid. *Car. God. Winkleri* de differentiis inter teſtamentum nullum et inofficioſum cap. 5. cap. 6. cap. 7. §. ult. p. 38. welcher zehen Unterſchiede anführt.

§. 526. Perſonen, welche man übergehen und nicht übergehen kann.

Welche Perſonen aber können denn **übergangen**, und welche müſſen **eingeſetzt** oder **enterbt** werden? Das alte römiſche Recht iſt in dieſem Stücke vom neuen ſehr unterſchieden. Nach dem alten nemlich war 1) ein Unterſchied zwiſchen **Kindern**, **Eltern** und **Geſchwiſtern**. Eltern und Geſchwiſter konnten übergangen werden, Kinder aber nicht ohne Unterſchied. 2) Zwiſchen **dem Vater und der Mutter**. Dieſe konnte die Kinder übergehen, der Vater aber konnte es nicht ohne Unterſchied. 3) **Zwiſchen** *ſuis* (das heiſt, ſolchen Kindern, die zur Zeit, als der Vater ſtirbt, noch in ſeiner Gewalt ſind), und zwiſchen **emancipirten** Kindern; dann die letztern können nach den Civilgeſetzen übergangen werden. 4) Zwiſchen **adoptiv- und leiblichen Kindern**. Ein emancipirtes leibliches Kind, wann es übergangen iſt, kann bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuchen, ein emancipirtes Adoptivkind nicht. 5) Zwiſchen **Söhnen und Töchtern**. Die Söhne mußten namentlich enterbt werden, bey Töchtern war dies nicht nöthig. 6) Zwiſchen **Kindern und Enkeln**. Die letztern brauchten, ſo wie die Töchter, nicht namentlich enterbt zu werden. 7) Zwiſchen denen, die zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon vorhanden waren und zwiſchen *poſtumis*. Jene impugniren, wann ſie auf eine unerlaubte Art übergangen ſind, das Teſtament als **null**, dieſe aber **rumpiren es**.

§. 527. Fortſetzung.

In den neuen römiſchen Geſetzen iſt 1) die fünfte und ſechſte Diſtinction zwiſchen Söhnen und Töchtern, Kindern und Enkeln ganz aufgehoben. 2) Die

erste Distinction ist zum Theil abgeschafft. Die Eltern können übergangen werden; aber man muß doch, eben so, als wann man Kinder enterbt, eine rechtmässige Ursache anführen. 3) Der Unterschied zwischen Vater und Mutter cessiret ebenfalls einigermassen. Denn die Mutter ist zwar noch befugt, die Kinder zu übergehen; aber sie muß doch eine von den vierzehen Ursachen allegiren, die bey der Enterbung der Kinder festgesetzt sind. (* 1) Verschiedene Rechtsgelehrte glauben zwar, die Präterition vertrage sich nicht mit der Anführung einer rechtmässigen Ursache; es lasse sich nicht denken, wie man einen übergehen, und doch eine gerechte Ursache anführen könne; denn sobald man das letztere thue, habe man nicht präterirt. Aber diese Meynung gründet sich auf die irrige Voraussetzung, daß praeteritio ein völliges Stillschweigen bedeute. Das ist nicht; sondern jeder ist präterirt, den ich nicht ausdrücklich enterbe, und doch auch nicht einsetze. Wann also z. E. die Mutter sagt: ich setze meine drey Söhne zu Erben ein, dann meine Tochter hat sich so pflichtvergessen gegen mich aufgeführt, daß sie mich geschlagen hat: so ist eine rechtmäsige Ursache angeführt, und doch eine praeteritio geschehen. Ja es lassen sich Fälle denken, wo man einen unter Anführung einer rechtmäßigen Ursache übergehet, ohne ihn nur zu nennen, z. E. die Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, sagt: ich setze meinen Sohn zum Erben ein, denn er ist der einzige unter meinen Kindern, der sich meiner, während meines Blödsinnes angenommen hat. 4) Nicht wenige Juristen (* 2) behaupten, daß nach dem Recht der Novellen kein Unterschied mehr zwischen emancipirten, und nicht emancipirten Kindern (suis) sey; und daß in den Fällen, wo die sui die Nullitätsquerel haben, eben diese Klage auch den emancipatis zustehe; mithin diese zu der bonorum possessione contra tabulas ihre Zuflucht nicht zu nehmen brauchten. Allein andere (* 3) behaupten mit besseren Gründen, daß der Unterschied zwischen suis und emancipatis in diesem Stück nicht gänzlich aufgehoben sey. Nur darin sind die emancipati den suis gleich, daß sie eben so wenig, als diese, ohne rechtmäßige und im Testament angeführte Ursache enterbt werden können. Aber der Unterschied ist geblieben, daß die sui ein Testament aus den Civilgesetzen impugniren können, wenn sie präteriret, oder nicht rite enterbt sind, oder keine rechtmässige Ursache im Testement allegirt ist; die emancipati hingegen in allen diesen Fällen bonorum possessionem contra tabulas suchen müssen. Noch ist die wichtige Frage übrig, ob die Kinder, wenn sie durch Heyrath oder eigne Haushaltung aus der väterlichen Gewalt gehen, in diesem Stücke den ausdrücklich emancipirten Kindern gleich sind? Ich glaube allerdings. Denn dieser Austritt aus der väterlichen Gewalt hat die Wirkungen der ausdrücklichen Emancipation. (* 4)

(1) Pu-

(1) *Pufendorf* Tom. 2. Obs. 173.

(2) *Struv.* Ex. 32. th. 26. *Cocceji* iur. contr. Lib. 28. Tit. 2. Quaest. 6. *Berger* resolut. Lib. 28. Tit. 2. *Stryk* us mod. lib. 28. tit. 2. §. 3. et lib. 37. tit. 4. §. 1. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obs. 2. *Frid. Guil. Car. Sartorius* in diss. de B. P. quam c. t. parentum liberi agnoscunt, cap. 2. § 4. *Haubold* diss. cit. pag. 20. Indessen geben doch die Vertheidiger dieser Meynung zu, daß die emancipirten Kinder in einigen Fällen noch heutiges Tages die B. P. contra tabulas suchen müssen.

(3) *Ant. Faber* de error. pragmat. Dec. 14. Err. 7. *Vinn.* ad §. 5. I. de exhered. lib. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 76. §. 10. *Io. Frid. Wahl* diss. de iusta liberos heredes instituendi forma, pag. 59. *Car. Christ. Hofacker* diss. sistens histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 24.

(4) *Grupen* discept. forens. pag. 137. sqq. das Gegentheil behauptet *Wahl* l. c.

§. 528. Was ist Rechtens, wann der Vater oder die väterlichen Ascendenten suos, die schon gebohren sind, ausschliessen?

Nach diesen neuen Gesetzen also kann der Vater und alle väterliche Ascendenten die leiblichen Kinder und Enkel, die in ihrer Gewalt, und zur Zeit der Testamentserrichtung schon gebohren sind, nicht übergehen. Thun sie es, so ist das Testament null. 2) Wenn sie diese Kinder enterben, aber nicht in der gehörigen Form (nicht rite:) so ist das Testament ebenfalls null. Denn eine Exheredation, bey der die schon in den alten Gesetzen vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist, ist als eine Präterition anzusehen. Wenn 3) die Enterbung rite geschehen, aber die Vorschrift der 115. Novelle nicht beobachtet, das heist keine Ursache angeführt, oder die angeführte keine von den vierzehen gesetzlichen ist: so ist die Erbeseinsetzung ungültig; die übrigen Verordnungen des Testaments aber bleiben bey Kräften. Ob übrigens in diesem Falle querela nullitatis oder querela inofficiosi statt finde, ist, wie ich vorhin gesagt habe, sehr bestritten. Ich glaube, daß die erstere Klage angestellt werden kann. 4) Wann eine von den 14. bestimmten Ursachen angeführt ist, deren Wahrheit aber der Enterbte leugnet: so kann er querelam inofficiosi anstellen. Beweist der eingesetzte Erbe die Richtigkeit der angeführten Ursache: so wird das Testament bestätigt; beweist er sie nicht: so wird es als inofficiosum umgestossen.

§ 529. Was ist Rechtens bey den Emancipirten?

Wenn der Vater oder ein väterlicher Ascendent die emancipirten Kinder oder Enkel nicht einsetzt, und nicht enterbt, sondern übergeht: so suchen sie bonorum possessionem contra tabulas cum re. Enterbt er sie, aber nicht rite: so bekommen sie ebenfalls diese bonorum possessionem cum re. Wenn

sie endlich rite enterbt sind: so müssen sie bonorum possessionem litis ordinandae gratia bitten, und wann sie diese erhalten haben, zur querela nullitatis oder inofficiosi ihre Zuflucht nehmen. (§. 600.)

§. 530. Bey den postumis.

Wenn Vater oder väterliche Ascendenten die postumos ausschliessen: so sind diese entweder in der väterlichen Gewalt oder nicht. Im letzten Fall ist eben das bey ihnen Rechtens, was bey den schon gebohrnen emancipirten Kindern gilt. (§. 529.) Im ersten Fall aber sind die postumi entweder übergangen, oder enterbt. Sind sie übergangen: so rumpiren sie das Testament. Sind sie hingegen exheredirt; so ist es entweder rite geschehen, oder nicht. Ist die Enterbung nicht rite geschehen: so ist sie wie eine Präterition anzusehen. Wenn sie hingegen rite geschehen ist, so hat nach dem Recht des Coder querela inofficioli statt; Kann aber nach dem Recht der Novellen nicht querela nullitatis angestellt werden? Man sollte dieß glauben weil es unmöglich scheint, bey einem postumo eine rechtmässige Ursache der Enterbung anzuführen. Wo aber dieß nicht geschieht, da hat querela nullitatis statt. (§. 528. Num. 3.) (*1) Indessen lassen sich doch Fälle denken, wo sich ein postumus der Enterbung würdig macht. Wir haben z. E. oben (§. 517. d.) gehört, daß wenn ich einen Sohn und dessen Kinder in meiner väterlichen Gewalt habe, und der Sohn vor mir stirbt, dessen Kinder jetzt als meine postumi zu betrachten seyn. Diese können eine Enterbung verdient haben. Ich kann also sagen: **mein Sohn soll mein Erbe seyn.** Sollte er vor mir sterben, so sollen seine Kinder mich erben, sein ältester Sohn ausgenommen, weil er mich geschlagen hat.

(1) *Hunn.* in resolut. pag .439. Qu. 20. *Cocceji* iur. contr. libr. 28. Tit. 2. Qu. 9.

§. 531. Bey den Adoptivkindern.

Die Adoptivkinder sind entweder arrogirt, oder in eigentlichem Verstande adoptirt. Die letztern sind entweder vollkommen oder unvollkommen adoptirt, die unvollkommen adoptirte erben nur ab intestato. Wenn ich ein Testament mache: so kann ich sie nach Gefallen übergehen. Die arrogirten und vollkommen adoptirten aber sind entweder wieder emancipirt, oder nicht. Sind sie emancipirt: so kann man sie ebenfalls nach Belieben übergehen. Wenn sie aber nicht emancipirt sind: so hat eben das bey ihnen statt, was bey den leiblichen Kindern Rechtens ist.

§. 532. Was haben Mutter und mütterliche Ascendenten zu beobachten?

Mutter und mütterliche Ascendenten können ihre Kinder und Enkel übergehen und enterben. Nur müssen sie, wenn die Rede von leiblichen Kindern ist, eine gerechte Ursache anführen. Thun sie dieß nicht: so fällt das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung um, (corruit quoad institutionem,) und ich glaube, daß querela nullitatis dagegen statt findet. (§. 528. Num. 3.) Wenn sie aber eine rechtmässige Ursache anführen: so muß der Enterbte oder Uebergangene zu der querela inofficiosi greifen. Adoptivkinder können von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten nach Belieben übergangen werden.

§. 533. Was ist Rechtens, wann Eltern oder Geschwister ausgeschlossen werden?

Wenn die Eltern von den Kindern übergangen oder enterbt werden: so muß eine von den acht gesetzlichen Ursachen im Testament angeführt seyn. Ist dieß nicht geschehen; das heist, die Kinder haben entweder gar keine Ursache allegirt, oder eine die nicht unter den acht gesetzlichen enthalten ist: so ist das Testament in Ansehung der Erbeseinsetzung ungültig, (quoad institutionem corruit) und ich glaube, daß querela nullitatis statt habe. (§. 528. Num. 3.) Ist aber eine rechtmässige Ursache angeführt, und der Enterbte behauptet, daß sie falsch sey: so kann er querelam inofficiosi anstellen. Wenn Geschwister übergangen oder enterbt werden, und eine schändliche Person eingesetzt ist: so können sie zur querela inofficiosi greifen; und nun kommt es darauf an, ob der ausgeschlossene Bruder, die ausgeschlossene Schwester sich so gegen den Testator betragen haben, daß sie eine Enterbung verdienen, oder nicht. Im ersten Fall wird das Testament bestätigt, im letzten aber umgestossen.

§. 534. Was ist querela inofficiosi?

Dieses vorausgesetzt wollen wir die Natur der querelae inofficiosi testamenti etwas genauer überlegen. Der erste Character heist, sie wird von den Personen angestellt, welchen der Pflichttheil gehört; also a) von den Kindern, b) Eltern, und c) von Geschwistern, wenn ihnen eine schändliche Person vorgezogen worden ist. 2) Sie hat statt, wenn diese Personen in der gehörigen Form enterbt, oder auf erlaubte Art (§. 525.) präteriret sind, die angeführte Ursache aber falsch ist. Eine Ursache der Präterition kann rechtmässig und doch falsch seyn. Wenn z. E. der Vater sagt, ich enterbe meinen Sohn, weil er mich geschlagen, und der Sohn dieses nie gethan hat: so ist eine gerechte, aber

aber doch falsche Ursache allegirt. 3) Sie wird gegen den eingesetzten Erben angestellt. So oft eine Enterbung geschieht, wird auch an die Stelle des Enterbten ein anderer eingesetzt. Gegen diesen also wird die querela inofficioſi gerichtet. 4) Das Gesuch dieser Klage geht dahin, daß man das Testament umstosse, (ut rescindatur,) und den Kläger zur Intestaterbfolge lasse.

Woher die querela inofficioſi ihren Ursprung habe, ist sehr zweifelhaft. Duarenus (*1) glaubt, sie gründe sich auf Kaiserliche Verordnungen. Aber dieß ist offenbar falsch. Denn man findet sie schon zu den Zeiten der freyen Republik. Pithöus (*2) sucht ihren Ursprung im prätorischen Edict. Aber Ulpian leitet sie in der L. 8. pr. D. de bon. poſſ. ausdrücklich aus dem Civilrechte her, und die actiones praetoriae rescissoriae (Klagen, die dahin gehen, einen gültigen Actus umzustossen,) dauern auch nur Ein Jahr, diese Querel aber fünf Jahre. 3) Cujacius (*3) und andere (*4) behaupten, sie sey durch die legem Gliciam eingesetzt worden. Diese Meynung hat nichts für sich, als daß L. 4. D. h. t. überschrieben ist: Caius libro singulari ad L. Gliciam. Allein man findet von diesem Gesetz sonst nirgends die mindeste Nachricht, und gesetzt es habe existirt, so ists doch mit nichts bewiesen, daß es die querelam inofficioſi testamenti eingeführt habe. (*5) 4) Die richtigste Meynung ist also wohl: diese Klage ist von den Rechtsgelehrten erfunden, und durch die Praxis bestätigt worden. Die Juristen hielten es für unbillig, seine Kinder, Eltern und Geschwister, ohne hinlängliche Ursachen zu enterben. Sie gaben daher einem solchen Enterbten den Rath, gegen das Testament Klage zu erheben, und zum Grund anzunehmen, der Testator sey nicht recht bey Verstande gewesen; welches daraus erhelle, daß er ein so unbilliges, pflichtwidriges Testament gemacht habe; oder wie man es kurz ausdrückt, sie riethen dem Kläger, sich des *coloris insaniae* zu bedienen. Dieser Gedanke fand in den Gerichten Beyfall, und die Klage wurde von der Praxis angenommen. Die Ursache, warum man sie nicht *actionem*, sondern *querelam* nennte, ist, weil dieses Wort gelinder, als jenes war, und man daher in dem Falle, wenn die nächsten Verwandten Proceß unter einander hatten, nicht die Ausdrücke accusare, litigare, sondern conqueri brauchte. *Inofficioſi* querela heißt sie, weil ein Testament, das eine unbillige Enterbung enthält, *inofficioſum*, das heißt pflichtwidrig ist.

(1) In praelect. ad Pand. h. t.
(2) In not. ad collat. LL. rom. et Mos. Tit. 16. §. 3.
(3) Lib. 2. obs. 21.
(4) *Carolus Lovardus* (ein fingirter Name,) eigentlich *Volhard* de vera origine querelae inoff. testam. ex L. Glicia Dresd. 1762.
(5) *Puttmann* probabil. lib. 2. cap. 1. p. 8. *Zepernick* ad *Siccam.* de iudic. centumvir. p. 149.

§. 535.

§. 535. Was ist ihre Wirkung, und wenn fällt sie weg?

Weil der Kläger bey der querela inofficiosi den Vorwand brauchte, der Testator sey nicht recht bey Vernunft gewesen, so folgte daß das ganze Testament zu Grunde gieng, also nicht nur die Erbeseinsetzung, sondern auch die übrigen darin enthaltene Verordnungen, z. E. Vermächtnisse ungültig wurden. Denn ein Blödsinniger kann gar nichts in einem letzten Willen verordnen. Justinian hat dieß in der 115. Novelle abgeändert, und festgesetzt, daß a) wenn ein Testament durch diese Querel umgestossen wird, nur die Erbeseinsetzung wegfallen, alle andere Puncte des Testaments aber gültig bleiben sollten. b) Ein gleiches hat statt, wenn die in der 115 Nov. vorgeschriebene Form nicht beobachtet, das heist, keine gesetzliche Ursache der Enterbung angeführt ist. Man kann zwar die querelam nullitatis dagegen anstellen; (§. 525.) aber es gehet doch nicht ganz zu Grunde, nur die Erbeseinsetzung wird ungültig. c) Die querela nullitatis *iuris antiqui* ist also von der querela nullitatis *iuris novi* sehr unterschieden. Wenn die in den alten Gesetzen vorgeschriebene Form nicht beobachtet, kurz wenn die Enterbung nicht rite geschehen ist: (§. 476.) so ist das ganze Testament, mit allem, was es enthält, nichtig. Ist aber nur die Form der 115. Novelle vernachlässiget, so ist zwar das Testament auch null, aber doch nicht nach seinem ganzen Inhalt, sondern nur in Ansehung der Erbeseinsetzung.

Weil indessen der Vorwand der Blödsinnigkeit doch offenbar falsch war: so war diese Klage nicht sehr beliebt. Sie hat daher 1) nicht statt, wo sich der Kläger mit einem andern Rechtsmittel helfen kann. Wer also das Testament als nullum, ruptum, oder irritum angreifen, wer B. P. contra tab. cum re dagegen suchen kann, der darf die querelam inofficiosi nicht dagegen anstellen. Er würde auch nach den neuen Gesetzen thörigt handeln. Denn die querela inofficiosi wirft nur, wie wir eben gehört haben, die Erbeseinsetzung um. Ein testamentum nullum, ruptum, irritum, oder das durch die B. P. c. t. umgestossen wird, geht völlig zu Grunde (*1) 2) Die Erben des Exheredirten können sie nicht anstellen, wenn nicht der Enterbte gerichtlich oder aussergerichtlich erklärt hat, daß er sie anstellen wolle. Ein einziger Fall ist ausgenommen, folgender nemlich: der Sohn ist enterbt, und A. eingesetzt. Dieser ist zweifelhaft, ob er die Erbschaft antreten, oder ausschlagen soll. Während dem, daß er deliberirt, stirbt der enterbte Sohn, Nun tritt A. die Erbschaft an. In diesem Falle können die Erben des Enterbten die Querel anstellen, wenn gleich der Verstorbene noch nicht declarirt hatte, daß er sie anstellen wolle. 3) Sie muß binnen fünf Jahren angestellt werden, da doch sonst die Erbschaftsklage 30 Jahre dauert. 4) Wenn einer enterbt, ihm aber doch

ein Vermächtniß hinterlassen ist, und er die Querel anstellt, aber den Proceß verliehrt: so kann er das Vermächtniß nicht fordern. Dieß ist eine Strafe dafür, daß er den Testator ohne Grund für blödsinnig ausgegeben hat. Ob übrigens dieses Gesetz noch heutiges Tags gelte, ist zweifelhaft. Der in der Note angeführte Schriftsteller leugnet es, weil man heutiges Tags den Vorwand der Blödsinnigkeit bey der querela inofficiosi testamenti nicht brauche. Allein ich glaube nicht, daß dieses Argument ganz stringent ist. Denn die Römer bedienten sich in den neuern Zeiten, nachdem die Querel durch Gesetze bestättigt war, dieses Vorwandes auch nicht mehr, und doch fand jene Verordnung noch statt. Auch gilt im römischen Recht der Schluß nicht immer: der Grund einer Verordnung fällt weg, also fällt die Verordnung selbst weg. (* 2) 5) Die Querel kann nicht angestellt werden, wenn die Enterbung nicht aus Haß, sondern aus guter Meynung geschehen ist. In den Gesetzen kommen zwey Fälle dieser Enterbung vor: a) wenn der Vater seinen blödsinnigen oder verschwenderischen Sohn enterbt, und dessen Kinder, seine Enkel einsetzt; b) wenn er ein unmündiges Kind enterbt, und dem eingesetzten Erben befiehlt, daß er dem Kinde nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft restituiren solle. In der Praxis wird auch c) diese Enterbung verstattet, wenn der Sohn verschuldet ist, und der Vater voraus sieht, daß die Gläubiger alles Vermögen, sobald es dem Sohn zufällt, wegnehmen werden. (* 3) 6) Wer den Willen des Verstorbenen ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat, kann die Querel nicht anstellen. Ausdrücklich habe ich den Willen anerkannt, wenn ich erkläre, daß ich zwar befugt wäre, gegen das Testament zu klagen, es aber nicht thun wolle, stillschweigend, wenn ich das Vermächtniß annehme, welches mir im Testament hinterlassen ist. Denn indem ich dieses thue, erkläre ich, daß der Verstorbene im Stand gewesen, etwas zu vermachen, daß er also nicht blödsinnig gewesen sey. Folglich kann ich nachher nicht die Querel anstellen, und ihn für blödsinnig ausgeben. An der Gültigkeit dieser Verordnung zweifeln auch verschiedene, (* 4) und glauben, daß man heutzutage ein Vermächtniß annehmen, und doch die Querel anstellen könne; weil der color insaniae bey uns nicht gebraucht werde.

(1) Man s. indessen L. 8. §. 12. D. h. t. und *Puttmann* adverf. lib. 1. Cap. 6.

(2) Strube rechtl. Bed. 1. Th. 19. Seite. 2. Th. 556 S.

(3) *Leyser* sp. 358. med. 2. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 192. Cramer Nebenst. Part. 38. n. 8. Also diese Enterbung erfordert eine gerechte Ursache, die im Testament angeführt ist. L. 16. D. de curat. fur. *Behmer* ius controv. pag. 417.

(4) *Leyser* sp. 93. M. 7. *Koch* l. c.

TIT.

TIT. XIX.

De heredum qualitate et differentia.

§. 536. Die Erben sind entweder necessarii oder voluntarii.

Die Erben sind von zweyerley Art; einige müssen Erben seyn, sie mögen wollen oder nicht; andere können Erben seyn, wann sie wollen; es hängt von ihrer Willkühr ab, ob sie es seyn wollen, oder nicht. Jene heissen nothwendige Erben, (*heredes necessarii,*) diese freywillige (*voluntarii.*) Die necessarii sind entweder sui et necessarii, oder necessarii allein. Wir wollen jede Gattung besonders betrachten.

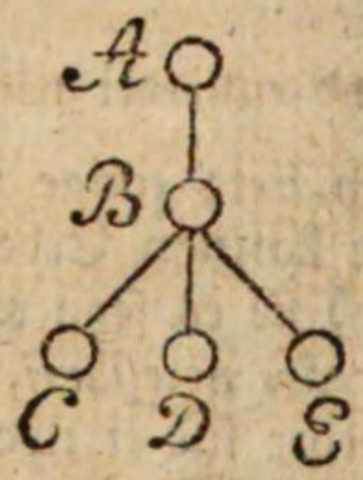
§. 537. Wer sind die necessarii?

Necessarii allein sind die Sklaven. Wenn ich nämlich meinen eignen Sklaven zum Erben einsetze: so ist er, ich mag ihn nun zugleich ausdrücklich oder nur stillschweigends freygelassen haben, (§. 483.) sobald ich sterbe, frey, und ipso iure, d. i. ohne weitere Erklärung mein Erbe. Die Ursache, warum die Römer ihre Sklaven zum Erben einsetzten, war zuweilen Liebe für sie; meistens aber lag sie darin: sie hielten es für schimpflich, wenn nach ihrem Tode über ihr Vermögen ein Concurs entstand, und die Güter unter dem Namen des Verstorbenen öffentlich aufgesteckt wurden. Dieser Beschimpfung zu entgehen, ernennten sie einen Sklaven zum Erben. Denn nun wurde das Vermögen unter des Sklaven, nicht unter des Verstorbenen Namen verkauft, der Sklav aber hatte doch den Vortheil, daß er frey wurde.

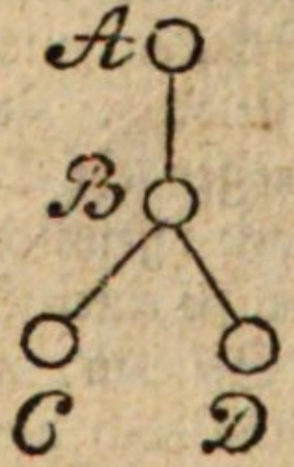
§. 538. Was sind die sui et necessarii?

Sui et necessarii heredes heissen die Kinder, Enkel u. s. w. die zu der Zeit, als der Verstorbene mit Tode abgieng, noch in seiner väterlichen Gewalt waren, und zu der Zeit, da ihnen die Erbschaft zufällt, die nächsten in der Familie sind; das heist, dem Verstorbenen so nahe sind, daß niemand zwischen ihnen und dem Verstorbenen steht, (ut eos nemo gradu antecedat.) Ich sage a) sie sind in der väterlichen Gewalt des Verstorbenen zur Zeit des Absterbens gewesen. Emancipirte Kinder sind also keine sui heredes. Auch die Mutter hat keine suos heredes. Alle Kinder, sobald sie auf irgend eine Art aus der väterlichen Gewalt gehen, hören auf, sui heredes zu seyn. Wann also heutzutage eine Tochter heyrathet, oder ein Sohn seine eigene Oeco-

nomie anstellt: so sind sie keine sui heredes mehr. (§. 163.) b) Sie sind die nächsten in der Familie. Die Enkel C D E deren Vater B noch lebt, sind keine sui heredes desA. dann es steht zwischen ihnen und dem A. noch



eine Person, ihr Vater; sie sind nicht proximi in familia. c) Daß sie die nächsten sind zur Zeit, da der Verstorbene mit Tode abgehet, ist nicht nöthig; genug, daß sie es alsdenn sind, wann ihnen die Erbschaft anfällt. Der Fall worauf dieser Satz zielt, ist folgender:



B ist enterbt, der statt seiner eingesetzte Erbe deliberirt, ob er die Erbschaft annehmen soll. Während dieser Zeit stirbt der enterbte Sohn. Nun repudiirt der eingesetzte Erbe die Erbschaft, und die Enkel C D sind sui heredes. Zu der Zeit als A starb, waren sie es noch nicht, denn B lebte noch. Damals waren sie noch nicht proximi in familia. Aber jetzt, da ihnen die Erbschaft zufällt, sind sie proximi, also sui heredes. (*1) Die Ursache, warum sie *sui* heissen, ist vielleicht, weil sie in der Gewalt des Vaters, weil sie sein sind, sein Eigenthum; oder weil sie schon bey Lebzeiten des Vaters gewissermassen, (ex fictione iuris) von dessen Vermögen Miteigenthümer, (condomini,) und daher gleichsam sich selbst erben, αὐτοκληρονομοι, sui ipsorum heredes sind. (*2) *Necessarii* heredes heissen sie, weil sie nach den Civilgesetzen Erbe seyn müs-

müssen; die Erbschaft, sie mag ihnen nun durch ein Testament oder ab intestato zufallen, nicht ausschlagen dürfen. (*3)

Die erste Note führt noch einen Grund an, warum die Enkel, so lang ihr Vater noch lebt, keine sui heredes des Großvaters sind. Wenn sie nämlich vom Großvater eingesetzt werden: so treten sie die Erbschaft auf Befehl des Vaters an, sie sind also nicht ipso iure, ohne alle Erklärung Erben. Die zweyte Anmerkung bedarf keiner Erklärung. Die Erläuterung übrigens, die hier aus dem Plaurus hergeholt ist, hätte eben so gut aus dem Evangelium genommen werden können. Mein Sohn du bist allezeit bey mir, und alles was mein ist, das ist dein. Aber da hätte man freylich nicht sagen können: *eleganter* respondet, u. s. w. Das verdient noch bemerkt zu werden, daß die römischen Rechtsgelehrten, wenn sie von suis heredibus reden, allezeit das Wort sui voraussetzen, und nie heredes sui sagen.

(1) *Contii* tract. de hered. et bon. poss. in opp. p. 292.

(2) Doch sehe man *Costa* ad §. 1. I. h. t. *d' Arnaud* var. conject. L. 1. Cap. 25. pag. 176.

(3) Eine treffliche Abhandlung über diese ganze Materie ist; *G. L. Boehmer* diff. de suo herede, ab hereditate se abstinente; in elect. iur Civ. Tom. 1. num. 4.

§. 539. Was ist das beneficium abstinendi?

Die sui heredes also sind: 1) *ipso iure* Erben. Sobald der Erblasser stirbt, sind sie, weil es die Gesetze wollen, ohne daß sie sich darüber zu erklären brauchen, Erben. 2) Sind sie nothwendig Erben, sie müssen es seyn, ob ihnen gleich die Erbschaft schädlich ist, wenn die Schulden das Vermögen übersteigen. Weil aber der Prätor dieses Gesetz, wie es wirklich ist, für hart hielt; da die Kinder, im Fall daß ihr Vater verschuldet war, und sie seine Erbschaft annehmen mußten, nicht nur den Schimpf hatten, daß ein Concurs entstand, und das Vermögen unter ihrem Namen aufgesteckt wurde, sondern auch selbst den Glaubigern haften mußten: so gab er den suis das beneficium abstinendi; er erlaubte ihnen die väterliche Erbschaft auszuschlagen. Man hat also wohl zu bemerken: 1) durch das beneficium abstinendi hat der Prätor das ius sui heredis, oder wie es einige nennen, die suitatem nicht aufgehoben, sondern nur die necessitatem. Nemlich *suitas* ist das Recht eine Erbschaft zu acquiriren, die ich nicht durch ein äusserliches Factum angetreten habe, necessitas ist die Verbindlichkeit eine Erbschaft anzunehmen. Jene ist nicht aufgehoben bey den Kindern, nur diese ist ihnen erlassen. Also kurz, seitdem den suis das beneficium abstinendi zukommt, haben sie nicht aufgehört, ipso iure Erben zu seyn; sondern sie sind nur nicht mehr gezwungen, Erben

zu werden. (*1) 2) Ist zu bemerken, daß ein suus heres, wenn er sich der väterlichen Erbschaft enthalten will, sich a) nicht immiſciren darf; (was das heisse, erklärt der folgende §.) b) daß er nichts aus der Erbschaft entwenden muß: ne per eum eamve factum fuerit, quo quid ex ea hereditate amoveretur, sagt der Prätor. So bald er eines von beyden thut, kann er nicht mehr abstiniren. Nur ein Unmündiger ist befugt, noch zu abstiniren, wenn er sich gleich schon immiſcirt hat; auch ein Minderjähriger, der sich ohne Einwilligung seines Curators immiſcirt hat. Hat der Curator in die Immixtion gewilligt: so muß der Minderjährige Restitution in integrum suchen, wenn er nachher abstiniren will. (*2)

(1) *Boehmer* Diſſ. cit. cap. 2. §. 12. pag. 113.
(2) *Boehmer* §. 21.

§. 540. Wirkungen der Suität.

1) Ein suus braucht also die Erbschaft nicht anzutreten, das heißt, er braucht nicht zu erklären, daß er Erbe seyn wolle, sondern sobald der Erblasser stirbt, ist der suus sogleich Erbe. 2) Wenn er durch Worte oder Werke zu erkennen giebt, daß er Erbe seyn wolle: so sagt man immiſcet se hereditati. Entsteht aber die Frage, aus welchen Handlungen man eine Immixtion schlieſſen könne: so ist die Antwort: Handlungen, welche bey einem freywilligen Erben eine *geſtionem pro herede* involviren, beweisen bey dem suo herede eine Immixtion. Man sehe den §. 542. (*1) 3) Erklärt aber der suus durch Worte oder Werke, daß er nicht Erbe seyn wolle: so heist es abstinet ab hereditate. Wenn andere Erben die Erbschaft ausschlagen: so sagt man repudiant. Weil aber dieses Wort für einen suum heredem zu hart und respectswidrig schien: so brauchte man den gelindern und höflichern Ausdruck abstinet. Also der suus braucht es nicht gerade mit Worten, noch weniger gerichtlich zu erklären, daß er abstiniren wolle; seine Erklärung ist auch an keine gewisse Frist gebunden; (*2) und wann die Gläubiger des Vaters den suum heredem belangen: so müssen sie beweisen, daß er sich immiſcirt habe. (*3) 4) Wenn ein suus stirbt, ohne erklärt zu haben, daß er Erbe sey, ja ohne es gewußt zu haben, daß ihm die Erbschaft angefallen sey: so transmittirt er sie doch auf seine Erben. Man nehme z. E. an, daß der Vater am 1. Januar 1776. in einem entfernten Lande stirbt, daß der Sohn (noch filius familias) ehe er von diesem Absterben Nachricht bekommt, am 6ten Januar ebenfalls mit Tode abgehet, und eine Wittwe als Erbin hinterläßt. Bekommt diese das Vermögen ihres Schwiegervaters? Allerdings, denn ihr Mann war suus heres, er hat also die Erbschaft seines Vaters ipso iure acquirirt. Die Wittwe ist Erbe von ihm, folglich ist die väterliche Erbschaft auf sie transmittirt.

(1) Und

(1) Und *Boehmer* §. 24.

(2) *Boehmer* §. 11.

(3) *Boehmer* §. 25. *Io. Chph. Koch* diſſ. de heredibus ſuis, ad probationem abſtentionis haud obligatis. *Walch* controverſ. p. 254. Anderer Meynung ſind: *Puſendorf* Tom. 3. obſ. 8. v. Steck in der Ausführung polit. und rechtl. Materien n. 13. pag. 185.

§. 541. Von den freywilligen Erben.

Freywillige Erben, heredes voluntarii ſind alle Erben, die weder Sklaven des Erblaſſers, noch in ſeiner väterlichen Gewalt waren. Ihnen konnte der Erblaſſer nicht befehlen. Sie ſind daher nicht gezwungen, ſeine Verlaſſenſchaft anzunehmen; es hängt von ihnen ab, ob ſie dieſelbe an ſich bringen, (acquirere, adire ſenſu generali,) oder ausſchlagen (omittere) wollen. Sie erwerben ſie nicht, als wem ſie wollen; heredi voluntario ignoranti et invito hereditas non adquiritur.

§. 542. Was iſt die Antretung der Erbſchaft?

Will ein freywilliger Erbe die Erbſchaft annehmen: ſo kann er ſeinen Willen ausdrücklich, er kann ihn auch ſtillſchweigend zu erkennen geben. Im erſten Fall heiſt ſeine Erklärung *aditio* im eigentlichen Verſtande, im letzten Fall *geſtio pro herede*. Ein jedes Factum übrigens, woraus man mit Gewißheit ſchlieſſen kann, daß ich die mir angefallene Erbſchaft haben wolle, das niemand thut, als wer Erbe ſeyn will, involvirt eine geſtionem pro herede; z. E. wenn ich die in der Verlaſſenſchaft befindlichen Aecker und Gärten ausſtelle, das Wohnhaus beziehe, das baare Geld zu mir nehme, Kapitalien aufkündige, ausleihe, des Erblaſſers Schulden bezahle, u. ſ. w. Sobald ein Factum eine doppelte Auslegung zuläßt: ſo kann man daraus keine geſtionem pro herede beweiſen; z. E. wenn der Sohn, welcher adventitia hat, im väterlichen Vermögen ſitzen bleibt: ſo läßt ſich daraus nicht ſchlieſſen, daß er des Vaters Erbe ſeyn wolle. Er kann es cuſtodiae cauſa, um die Verlaſſenſchaft nicht aus der Aufſicht zu laſſen, gethan haben. Wenn ich meine verſtorbene Mutter begraben laſſe: ſo kann man daraus nicht folgern, daß ich ſie erben will. Mein Beweggrund kann blos die kindliche Liebe ſeyn. (*1) Auch in dem Falle, wenn ich ein Factum vornehme, woraus ſich ſonſt eine geſtio pro herede herleiten läßt, aber dabey proteſtire, daß ich es nicht animo heredis thue: ſo bin ich geſichert, und man kann nicht behaupten, daß ich mich pro herede geriret hätte.

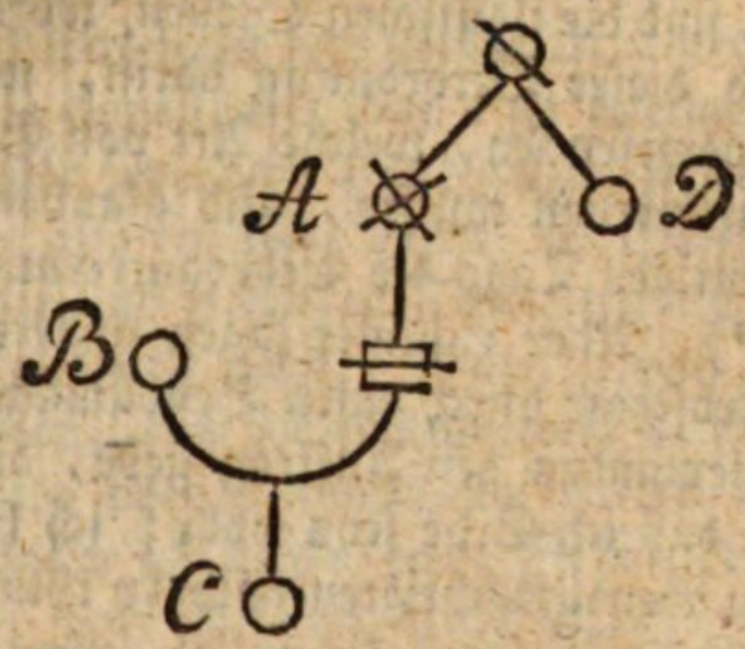
Solang eine Erbschaft noch nicht angetreten ist, heist sie hereditas iacens. Von dieser sagt L. 34. D. de A. R. D. *vicem defuncti sustinet*, sie stellt den Verstorbenen vor; d. i. die Gesetze fingiren, der Verstorbene lebe noch, sey noch Eigenthümer seines Vermögens. Durch diese Fiction bekommt die Erbschaft eine Art von Persönlichkeit. Sie ist gleichsam die Eigenthümerin der Verlassenschaft, hereditas domina est, wie es in der L. 31. D. de hered. instit. heist.

(1) Struben rechtl. Bed. 1. Th. 250. 251. Seite.

§. 543. Wer kann eine Erbschaft antreten?

Wer eine Erbschaft antritt, ist Willens sie zu haben. Also nur der kann eine Erbschaft antreten, wer einen Willen hat, und der eigne Wille des Erben gehört schlechterdings und dergestalt zur Erbschaftsantretung, daß kein anderer als der Erbe selbst antreten kann. Daraus folgt 1) wenn einem Pupillen eine Erbschaft zufällt: so kann sie der Vormund ohne des Pupillen Vorwissen nicht antreten. L. 5. C. de iure delib. Der Pupill muß es selbst thun auctore tutore. Ist der Pupill noch ein Kind, so helfen sich die Juristen mit einer Fiction. Sie sagen: pro herede se gerere videtur auctore tutore. L. 65. §. 3. vers. sed et in facti D. ad SC. Trebell. Nach einer neuen Verordnung Theodosius des jüngern in der L. 18. §. 2. C. de iure delib. ist dem Tutor verstattet, Namens des Pupillen anzutreten, und in der Praxis geschieht dies täglich. 2) Ein Herr kann keine Erbschaft Namens seines zum Erben ernannten Sklaven, und kein Vater Namens seines Sohnes antreten; Sklave und Sohn müssen es auf Befehl des Herrn und Vaters selbst thun. L. 1. §. 2. L. 26. D. si quis omissa. L. 36. L. 62. §. 1. D. de A. vel O. H. Um bonorum-possessionem kann der Vater Namens seines Kindes bitten L. 1. D. de bonor. possess. furios. infant. Indessen hat Theodosius in der angeführten L. 18. C. de iure delib. dem Vater erlaubt, im Namen des Kindes eine Erbschaft anzutreten. 3) Wenn der Erbe blödsinnig ist: so kann sein Curator die Erbschaft nicht antreten, sondern nur um die bonorum possessionem kann er bitten. Allein diese bonorum possessio hat den Effect nicht, daß die Erbschaft dem Blödsinnigen unwiderruflich acquirirt werde, sondern wirkt nur so viel, daß die zum Unterhalt des Blödsinnigen nöthigen Kosten aus der Erbschaft dürfen genommen werden. Kommt der Blödsinnige zu Verstand, so kann er die Erbschaft, wenn er will, repudiiren. Thut er dieß nicht, so bleibt sie unwiderruflich sein. Stirbt er aber im Blödsinne: so hat die bonorum possessio keine Wirkung, die Erbschaft muß an diejenigen herausgegeben

ben werden, die sie bekommen hätten, wenn der Blödsinnige nicht da gewesen wäre. Z. E.



A stirbt und hinterläßt einen blödsinnigen Enkel C; dessen Vater B bittet und erhält bonorum possessionem, Namens des Blödsinnigen. Nun stirbt der Blödsinnige, ohne zuvor seinen Verstand wieder zu bekommen. Auf wen fällt das großväterliche Vermögen? Nicht auf den Vater B, sondern auf des Großvaters Bruder D. Denn dieser würde succedirt haben, wenn der Blödsinnige nicht vorhanden gewesen wäre. (*1) 4) Minderjährige und erklärte Verschwender können selbst antreten, nur muß es mit Einwilligung der Curatoren geschehen. (*2) 5) Auch ist in den neuen Gesetzen einem filio familias, wenn er mündig, *in secunda aetate* ist, wie L. 8. §. 1. C. de bon. quae lib. sagt, erlaubt, eine Erbschaft auch gegen den Willen des Vaters anzutreten, und verordnet, daß diese Erbschaft alsdann peculium adventitium extraordinarium werden solle. (*3)

(1) *Sande* Decis. Fris. lib. 4. Def. 8. §. 9. Doch s. *Beemann* l. c. §. 32.

(2) In Ansehung der Verschwender behaupten einige Juristen, sie könnten ohne die Einwilligung ihrer Pfleger antreten. Aber man s. *Reinold* varior. cap. 1.

(3) *Hombergk* diss. de diverso iure patris in peculio adventitio, pro diversa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. Marb. 1753.

§. 544. Wie geschieht die Erbschaftsantretung?

5) Die Erbesantretung muß freywillig geschehen. Hat mich jemand dazu gezwungen, so ist sie nichtig. (*1) 6) Wem eine Erbschaft zufällt, der muß sie entweder ganz antreten, oder ganz ausschlagen. Es geht nicht an, einen Theil anzutreten, und den andern auszuschlagen. 7) Jede Erklärung, daß ich Erbe seyn wolle, ist eine Erbesantretung. Aber den Besitz der Erb-

schaft erhalte ich nicht anders, als durch die Apprehension. (§. 281.) 8) Man kann keine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten. L. 26. und L. 90. D. de A. vel O. H. sind die classischen Stellen, woraus dieses erhellet. (*2) Einige setzen den Grund dieser Verordnung darin, weil die Erbesantretung ein feyerliches Geschäft gewesen sey, welche Art von Geschäften in eigner Person hätten vorgenommen werden müssen, und glauben daher, daß nach den neuen Gesetzen, und heutiges Tags die Erbesantretung durch einen Procurator geschehen könne. (*3) Aber richtiger sagen andere: es ist widersprechend und widersinnig, eine Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten zu wollen. Denn indem ich jemanden den Auftrag gebe, die Erbschaft anzutreten, so erkläre ich ja schon, daß ich Erbe seyn wolle; ich habe folglich schon angetreten, was ist also dem Bevollmächtigten noch zu thun übrig? Dazu kommt, daß Niemand eine Erbschaft antreten kann, als wem sie zugefallen ist, (cui delata est.) Nun ist sie aber dem Procurator nicht zufallen. Wenn ich indessen einem auftrage, daß er sich an den Ort begebe, wo die Erbschaft ist, den Massebestand untersuche, und im Fall er es vortheilhaft finde, antrete: so kann man im gewissen Verstand zwar sagen, daß ich die Erbschaft per procuratorem angetreten hätte. Allein Averanius am a. O. erinnert doch ganz richtig, daß auch in diesem Falle die Erbschaft nicht durch das Factum des Procurators erworben werde, sondern durch den Willen des Erben. Die Erklärung des Procurators ist zwar nothwendig, weil man daraus den Willen des Erben ersehen muß, und ehe sie geschieht, ist die Erbschaft nicht angetreten. Aber nicht jene Erklärung, sondern dieser Wille ist doch der Grund der Erbschaftsacquisition. Der actus aditionis und adquisitionis fängt doch nicht in der Person des Procurators an, wie in andern Fällen, der Procurator ist im Grunde ein blosser nuncius. (*4)

(1) *Marckart* interpret. Lib. 2. Cap. 13.

(2) Anderer Meynung sind *Fachinaeus* controverf. iur. lib. 6. cap. 96 *Duarenus* disput. anniverf. lib. 2. cap. 27. et commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 4 und andere. Aber man f. *Hunn.* resolut. lib. 2. Tract. 5. Quaest. 29. *P. Faber* semestr. lib. 2. cap. 22. *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 9. *Harpprecht* ad §. 7. Inst. h. t. n. 19. sqq. vorzüglich *Averan.* lib. 1. interpret. cap. 12.

(3) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel. O. H. §. 7. ibique alleg.

(4) *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 12. *Bardili* diss. de adit. heredit. th. 36.

§. 545. Sie kann nicht bedingter Weise geschehen.

Die Erbschaft kann 9) nicht unter einer Bedingung angetreten werden; z. E. unter der Bedingung wenn sie *solvendo* ist, das heist, wenn die Schul-

Schulden das Vermögen nicht übersteigen würden. Den Grund dieser Regel suchen viele darin, daß die Antretung der Erbschaft eine feyerliche Handlung gewesen sey, und dergleichen Handlungen nicht unter einer Bedingung geschehen könnten. Allein 1) war nicht jede Erbschaftsantretung mit Feyerlichkeiten begleitet, nur die *cretio* hereditatis war eine solenne Handlung, und 2) ist es unerweißlich, daß alle feyerliche Handlungen unbedingt geschehen müssen. Der wahre Grund liegt also vielmehr darin, die Erbschaftsantretung soll nach den Gesetzen eine gewisse und positive Declaration seyn (* 1) Dergleichen aber ist eine bedingte Erklärung nicht. Dazu kommt, daß wenn die Bedingung weit aussehend wäre, eine solche Antretung den Gläubigern und Legatarien, die auf ihre Existenz oder Nichtexistenz warten müßten, höchst präjudicirlich seyn würde. Wollte ich unter einer Resolutivbedingung antreten: so könnte es geschehen, daß ich heute Erbe wäre, und morgen nicht mehr. Wer aber einmal Erbe ist, muß es immer bleiben. (§. 491.) Daher glaube ich auch nicht, daß heutiges Tags dieses römische Gesetz wegfalle, und daß man bey uns eine Erbschaft sub conditione antreten könne, wie einige behaupten. (* 2)

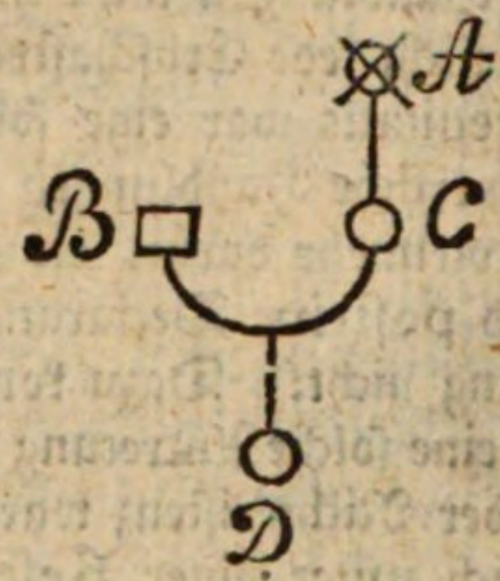
(1) *Iac. Gothofr.* ad L. 76. et 77. de R. I. Opusc. p. 934. et 941.

(2) *Stryk* us. mod. tit. de A. vel O. H. §. 8. *Leyser* sp. 370. med. 9. Unserer Meynung sind *Mich. Godofr. Wernher* lectiss. commentat. ad pandect. tit de A. vel O. H. §. 12. *Georg Guil. Lud. Bechtold* diss. de hereditatis aditione conditionata (Giss. 1784.) §. 11. seqq.

§. 546. Wirkungen derselben.

10) Wer eine Erbschaft antritt, wird Eigenthümer davon, und kann sie daher weiter auf seine Erben transmittiren. So lang ich aber noch nicht angetreten habe, bin ich noch nicht Eigenthümer der Verlassenschaft. Gehe ich also vor der Antretung mit Tode ab: so haben meine Erben an jene Verlassenschaft nichts zu prätendiren; so kann ich die Verlassenschaft nicht transmittiren. Hereditas non adita non transmittitur. (* 1) Transmissio hereditatis nemlich ist die Devolution meines Erbrechtes auf meine Erben. Sie ist von viererley Art; *ex iure suitatis, Theodosiana, Iustinianea*, und *ex capite restitutionis in integrum.* a) Von der ersten ist schon im §. 540. 4) gehandelt worden. b) Mit der Theodosiana hat es folgende Bewandniß: Kinder, die nicht mehr in des Vaters Gewalt sind, sind zwar nicht ipso iure Erben, sie müssen die Erbschaft durch ein äusserliches Factum antreten. Wenn sie indessen mit Tode abgehen, ehe

sie angetreten haben, so transmittiren sie doch die Erbschaft auf ihre Descendenten, auf andere Erben nicht. Z. E.



A stirbt in einem entfernten Lande. Ehe der Sohn C, (der nicht mehr in väterlicher Gewalt stand,) davon Nachricht bekommt, stirbt er auch. Seine Erben sind die Wittwe B und sein Sohn D. Auf wen fällt die väterliche Verlassenschaft? Auf den D allein, die Wittwe B bekommt nichts davon. Denn C hat seines Vaters Erbschaft nicht angetreten, er transmittirt sie also nur auf seine Descendenten. (* 2) c) Ist ein Erbe durch gerechte Ursachen verhindert worden, die Erbschaft anzutreten, und ohne Antretung mit Tode abgegangen: so können seine Erben restitutionem in integrum bitten, und dadurch die Erbschaft an sich bringen. Dieß ist die *transmissio ex capite restitutionis in integrum*. d) Von der Justinianeischen Transmission wird im 548. §. gehandelt werden. 11) Sobald der Erbe angetreten hat, succedirt er in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen; hat das ius accrescendi, muß aber auch die Schulden des Verstorbenen bezahlen; und zwar, welches wohl zu bemerken ist, wann sie gleich das Vermögen übersteigen. Die Deutschen sagen im Sprichwort: wer 100 thlr. erbt, muß 1000 thlr. Schulden bezahlen. Ist er Universalerbe, so bezahlt er alle Schulden allein; hat er aber Miterben, so zahlt er nach Verhältniß seiner Erbportion; erbt er nur z. E. die Hälfte: so bezahlt er die Schulden zur Hälfte u. s. w. 12) In der Erbschaftsantretung liegt auch ein Quasicontract mit den legatariis und fideicommissariis. Nemlich wer die Erbschaft antritt, ist schuldig, die legata und fideicommissa zu prästiren, eben so, als wenn er es ausdrücklich versprochen, als ob er darüber einen Contract mit den legatariis und fideicommissariis eingegangen hätte. Sie können daher eine Klage gegen ihn anstellen, welche actio personalis ex testamento heist.

(1) Ausführlich erläutert diese Regel *Averanius* interpretat. Lib. 4. Cap. 4.

(2) Noch eine andere trasmissio Theodosiana kommt in der L. 18. C. de iure delib. vor. S. *Duaren.* commentar. ad tit. D. de A. vel O. H. cap. 5. in Oper.

Oper. p. 453. *Harpprecht* diss. de transmiss. hereditatis a persona extranea infanti delata, ad illustrat. L. 18. C. de iure delib. in Diss. acad. n. 47.

§. 547. Rechtswohlthaten des Erben.

Ein Erbe muß alle Schulden des Erblassers bezahlen. Es kann daher geschehen, daß er keinen Vortheil, sondern Schaden von der Erbschaft hat; daß er in seine eigne Tasche greifen, und mit seinem Geld des Verstorbenen Schulden bezahlen muß. Um ihn gegen diesen Nachtheil in Sicherheit zu setzen, hat der Prätor das Recht zu deliberiren, und Justinian die Rechtswohlthat des Inventariums eingeführt; (*beneficium inventarii*, *beneficium legis et inventarii.*) Doch kann sich ein Erbe beyder zugleich nicht bedienen, sondern er muß sich eine daraus wählen. (* 1)

(1) L. fin. C. de iure delib. *Rumpf* diss. de iure delib. et benef. invent. (Goett. 1777.) §. 32.

§. 548. Von der Deliberationszeit.

Das Recht zu deliberiren ist das Recht, eine gewisse Zeitlang die Beschaffenheit der Erbschaft zu untersuchen, und zu überlegen, ob es rathsam sey, sie anzutreten, oder auszuschlagen. Der Erbe, der sich dieses Rechtes bedient, ist befugt, den Zustand der Erbmasse (vires hereditaris) zu untersuchen, die Papiere des Verstorbenen einzusehen, die Erbstücke taxiren, die Gläubiger citiren zu lassen, doch nicht bey Strafe der Präclusion u. s. w.

Wie lange dauert aber das Recht zu deliberiren? Man unterscheide folgende Fälle: 1) wenn mir eine Erbschaft zufällt, und mich niemand treibt, mich zu erklären: so kann ich binnen dreyßig Jahren antreten. Lasse ich aber diese verstreichen: so ist mein Recht auf die Erbschaft durch Verjährung verloren. (* 1) 2) Wenn der Substitut, die Intestaterben oder die Gläubiger auf eine Erklärung dringen; so muß ich binnen einem Jahre declariren, ob ich antreten, oder repudiiren oder deliberiren will. Dieses Jahr wird von dem Tage an gerechnet, da ich erfahre, daß mir die Erbschaft zugefallen sey. 3) Erkläre ich mich binnen dem Jahre nicht: so haben entweder ein Substitut, oder die Intestaterben, oder die Gläubiger auf die Erklärung gedrungen. In den beyden ersten Fällen bin ich meines Erbrechts verlustig, die Erbschaft fällt dem Substituten oder den Intestaterben zu. Im letzten Fall können mich die Gläubiger nöthigen, daß ich die Erbschaft antrete. (* 2) Wenn ich aber binnen dem Jahre ohne Erklärung sterbe: so können sich meine Erben in dem Rest des Jahrs erklären. 5) Erkläre ich, daß ich das

spatium deliberandi verlange: so muß ich darum bey dem Landesherrn oder der Obrigkeit bitten. Von diesen hängt es ab, wie viel Zeit sie mir noch zur Deliberation geben wollen; L. 1. D. de iur. delib. Doch giebt der Landesherr nicht mehr als Ein Jahr, die Obrigkeit nicht mehr als neun Monate. Eine kürzere Zeit können sie geben, nur weniger nicht als hundert Tage, L. 2. D. eod. (*3) 6) Verstreicht auch diese Zeit: so ist Rechtens, was unter Num. 3. gesagt worden ist. Verlangt nämlich ein Substitut oder Intestaterbe die Verlassenschaft: so ist mein Erbrecht verloren. Dringen aber Gläubiger auf ihre Zahlung: so muß ich Erbe werden. 7) Sterbe ich während dieser Zeit: so können sich meine Erben (wie im Fall Num. 4.) binnen dem Ueberrest des Zeitraums erklären.

Man muß also wie einige Juristen (*4) richtig erinnern, den legalischen Termin, um den der Erbe gar nicht zu bitten braucht, und der allezeit Ein Jahr in sich faßt, von dem Zeitraum, den man vom Landesherrn oder der Obrigkeit bitten muß, und welcher höchstens Ein Jahr oder neun Monate dauert, wohl unterscheiden. Jeder Erbe kann Ein Jahr deliberiren; ist ihm dieses noch nicht genug: so muß er um ein zweytes spatium deliberandi einkommen. Auf diese Weise läßt sich L. 19. Cod. mit der L. 22. §. 13. cit. vereinigen, und man braucht nicht mit Voetius (*5) anzunehmen, daß L. 22. der L. 19. derogire.

Nun wird sich auch erklären lassen, was *transmissio Iustinianea* ist. Wenn der Erbe binnen der legalischen oder erbetenen Deliberationsfrist stirbt: so transferirt er auf seine Erben das Recht, sich während dem Zeitrest zu erklären. Diese Transmission heist die Justinianeische.

(1) Anderer Meynung ist *Toullieu* in diss. de luitione pignoris et rebus merae facultatis (§. 50.) seqq. in collectaneis pag. 137. Er hält die Erbesantretung für einen actum merae facultatis.
(2) *Koch* diss. de hered. deliberante §. 8. glaubt, daß wenn der Erbe innerhalb des Jahrs keine Erklärung gibt, er sich nun sogleich erklären müsse.
(3) *Donell.* ad L. 22. C. de iure delib. p. m. 459.
(4) *Perez* ad Cod. Tit. de iure delib. n. 2. *Molinaeus* ad Cod. ibid. p. 287. *Christinaeus* in decis. Belg. vol. 4. Decis. 22. n. 2. *Menken* ad Pand. tit. de iure delib. §. 1. *Wernher* Part. 7. obs. 1.
(5) Ad Pand. tit. de iure deliber. n. 2.

§. 549. Von der Wohlthat des Inventariums.

Die Rechtswohlthat des Inventariums ist das Recht, unter öffentlicher Autorität ein Verzeichniß über die Verlassenschaft verfertigen zu lassen, und

und alsdenn nicht mehr Schulden bezahlen zu dürfen, als aus der Erbmasse bezahlt werden können. Der Erbe, welcher sich dieser Rechtswohlthat bedient, ist also gegen allen Nachtheil völlig gesichert, noch weit besser als durch das Recht zu deliberiren. Denn er mag deliberiren, so lange er will: so kann es doch geschehen, daß er Schaden leidet, weil sich erst nach geschehener Erbantretung heimliche Schulden entdecken, welche das Vermögen übersteigen. Wer sich aber des beneficii legis et inventarii bedient, der waget nichts. Das römische Recht erfordert übrigens zu einem legalen Inventarium 1) daß es binnen 30 Tagen, (von dem Augenblick an, da der Erbe den Anfall der Erbschaft vernommen hat,) zu rechnen, angefangen; 2) innerhalb den folgenden 60 Tagen, oder wenn Hindernisse vorwalten, binnen Einem Jahre vollendet werde. 3) Daß man Tabellionen dazu nehme, Leute, die eine Aehnlichkeit mit unsern kaiserlichen Notarien hatten; 4) daß die legatarii und Gläubiger dazu vorgeladen; oder 5) wenn diese abwesend sind, drey Zeugen zugezogen werden; 6) daß der Erbe das Inventarium unterschreibe, und den Betrag des Vermögens bemerke, oder wenn er nicht selbst schreiben kann, dieß durch einen Tabellio verrichten lasse.

Diese Vorschriften aber werden heutiges Tags nicht beobachtet; sondern die Obrigkeit, oder (wiewohl dieß selten geschieht) ein Notarius macht das Inventarium, versiegelt daher sogleich nach dem Tode des Erblassers das Vermögen; resignirt gewöhnlich nach vier Wochen wieder, und stellt nun das Verzeichniß der ganzen Verlassenschaft, das heist, der ausstehenden Schulden, der Immobilien, des baaren Geldes und der Mobilien auf; ohne die legatarios oder creditores zu citiren, und ohne die übrigen römische Erfordernisse zu beobachten.

In Sachsen ist eine beschworne Privatdesignation eben so wirksam, als ein öffentliches Inventarium, das heist, wenn der Erbe ohne Zuziehung der Obrigkeit, für sich ein Verzeichniß der Erbstücke macht, und dieses beschwört: so ist er nicht verbunden, mehr Schulden zu bezahlen, als die Erbmasse vermag. Ausser Sachsen aber ist (*1) nach der richtigern Meynung eine solche Privatdesignation dazu nicht hinreichend. (*2)

(1) Wie *Leyser* sp. 365. med. 1. *Carrach* diss. de diff. iur. rom. et Germ. in benefic. separat. pag. 21. und andere glauben.

(2) *Pufendorf* Tom. 2. obs. 101. §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obs. 30. p. 29. sqq. Struben rechtl. Bed. 3. Theil. 314. S.

§. 550. Von der Repudiation

Wenn jemand erklärt, daß er die ihm angefallene Erbschaft nicht haben wolle: so sagen die römische Rechtsgelehrten: *repudiat hereditatem.* Diese Repudiation geschieht entweder durch Worte, oder durch Werke. Im ersten Fall heist es im eigentlichen Verstande *repudiat*, im letzten *omittit.* Wer übrigens eine Erbschaft antreten kann, ist auch befugt, sie zu repudiiren, und gleichwie ich keine Erbschaft antreten kann, ehe sie mir angefallen ist, eben so kann ich sie auch nicht eher repudiiren. Wenn ich also a) noch bey Lebzeiten des Verstorbenen erklärt hätte, daß ich seine Erbschaft nicht haben möge; oder b) unter einer Bedingung eingesetzt bin, und vor deren Erfüllung äussere, daß ich nicht erben wolle; oder c) während der Zeit, daß der nähere Erbe deliberirt, eine solche Erklärung thue, (z. E. wenn während dem, daß der Testamentserbe deliberirt, ich der Intestaterbe mich verlauten lasse, ich verlange die Erbschaft nicht:) so sind alle diese Aeusserungen ohne Wirkung, und ich kann dem ohngeachtet die Erbschaft antreten.

TIT. XX.

De legatis.

§. 551. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben bisher von den Erbschaften gehandelt, welche einem aus Testamenten zufallen. In einem Testament aber wird nicht allein ein Erbe ernennt; sondern der Testator verordnet auch gewöhnlich Vermächtnisse darin. Deswegen handeln die Verfertiger der Institutionen in gegenwärtigem Titel die Lehre von den Vermächtnissen ab.

§. 552. Was ist legatum und fideicommissum?

Was ist also ein Vermächtniß? Man bemerke, wenn ich jemanden in einem letzten Willen etwas verlasse: so geschieht es entweder befehlsweise, (per verba imperativa;) oder bittweise, (verbis precativis;) das heist, ich ersuche den, welchem ich etwas hinterlasse, einem andern etwas zu prästiren. Im letzten Falle ist ein Fideicommiß vorhanden.

Im

Im ersten aber ernenne ich entweder einen zum allgemeinen Nachfolger, (successore universali;) oder nur zu einem besondern, (successore singulari.) Ich ernenne einen nämlich zum allgemeinen Nachfolger, wenn ich verordne, 1) daß er mein ganzes Vermögen, oder eine *partem quotam* (*1) mit dem iure accrescendi haben; aber auch 2) Schulden bezahlen soll.

Also successor universalis ist nicht das, was man im deutschen Universalerben nennt. Nein, wenn ich drey Erben ernenne, so ist jeder successor universalis; denn jeder bekommt partem quotam, und hat, wenn die andern wegfallen, das ius accrescendi. Hingegen successor singularis ist, wer 1) nur eine einzelne Sache, oder mehrere einzelne Sachen, oder partem quotam der Erbschaft, oder partem quantam daraus erhält; 2) so, daß er keine Schulden daraus bezahlt, und 3) kein ius accrescendi in der Erbschaft hat; das heist, wenn gleich ein Erbe, oder auch alle Erben wegfallen, darum doch nicht Erbe wird.

Jener, der befehlsweise ernennte successor universalis, heist *heres directus*; dieser, der befehlsweise bestimmte successor singularis, heist *legatarius*.

Das Fideicommiß ist dreyerley, entweder *universale* oder *particulare* oder *singulare*. Wenn ich meinen Erben ersuche, die ganze Erbschaft an einen andern zu restituiren: so ist es fideicommissum universale; wenn ich ihn bitte, jemanden einen partem quotam abzutreten: so ist es particulare; und wenn ich endlich bitte, eine einzelne Sache an einen andern zu überlassen: so ist es singulare. Wiewohl andere besser und dem römischen Sprachgebrauch gemässer, nur zwey Gattungen annehmen, universale und particulare sive singulare. Sie nennen nemlich universale fideicommissum, wenn der Erbe gebeten wird, die ganze Erbschaft oder partem quotam zu restituiren, und particulare sive singulare, wenn er eine einzelne Sache herausgeben soll.

Der heres directus und der legatarius sind also von einem fideicommissario leicht zu unterscheiden. Nach dem alten römischen Recht waren sie schon durch die Formeln unterschieden. Der heres directus und legatarius wurden *verbis imperativis*, der fideicommissarius aber *verbis precativis* ernennt. Nach den neuen Gesetzen, und heutiges Tages, da man die Formeln nicht mehr hat, unterscheiden sie sich noch immer dadurch: wenn ich die Erbschaft unmittelbar aus den Händen des Erblassers bekomme, so bin ich *heres directus*; erhalte ich unmittelbar von ihm ein *emolumentum singulare*, so bin ich *legatarius*; endlich wenn ich die Erbschaft, oder einen Theil, oder ein Stück derselben aus den Händen eines andern bekomme, so heisse ich *fideicommissarius*. Z. E. Jemand macht folgendes Testament:

1) Den A. setze ich zu meinem Erben ein: A. ist heres directus.

2) Er soll aber die Erschaft nur lebenslang besitzen und geniessen. Nach seinem Absterben soll sie auf den B. fallen. B. ist heres fideicommissarius.

3) Doch sollen alsdenn auch 1000 Rthlr. an den C. ausgezahlt werden. C. ist fideicommissarius singularis.

4) Dem D. vermache ich mein Haus. D. ist legatarius.

5) Er soll es aber gleichfalls nur lebenslänglich haben. Nach seinem Tode soll es E. bekommen. E. ist fideicommissarius singularis.

Dieses vorausgesetzt, wird es leicht seyn, den römischen Begriff des *legati* oder Vermächtnisses zu bestimmen. Zuweilen bedeutet dieses Wort einen letzten Willen, worin jemand durch Imperativworte zum successore singulari ernennt, oder welches einerley ist, ihm ein emolumentum singulare hinterlassen ist, welches er unmittelbar aus den Händen des Erblassers bekommen soll. Zuweilen aber wird das emolumentum singulare selbst, das einem durch Imperativworte in einem letzten Willen verlassen wird, legatum, Vermächtniß genennt.

(1) *Pars quota* heist ein Theil der Erbschaft, der blos relativisch gewiß und bestimmt ist, weil sein Verhältniß zum ganzen angegeben ist, oder, wie *Leyser* sp. 361. med 3. sagt, pars quota est pars per divisionem determinanda. Z. E. wenn ich sage, A. soll ein Drittel, ein Viertheil meines Vermögens haben: so bekommt er partem quotam. Pars quanta aber ist ein Theil der absolut bestimmt ist, eine Quantität, eine Summe, z. E. B. soll 1000. Rthlr. haben.

§. 553. Unterschied der Legate und Fideicommisse.

Nach dem alten römischen Recht war ein grosser Unterschied zwischen legatis und fideicommissis particularibus oder singularibus. 1) Die legata konnten nur in in einem Testament, oder in Codicillen, die im Testament bestätigt waren, verlassen werden; fideicommissa aber auch in nicht bestätigten Codicillen; ja durch einen blossen Wink, wenn die Krankheit den Disponenten am Reden hindert, und er schon zuvor seinen Willen durch Worte erklärt

klärt hat. (*1) 2) Die legata konnten nur in lateinischer Sprache verordnet werden, Fideicommisse auch in griechischer. Denn die legata wurden durch gewisse Formeln ausgedrückt, diese aber waren lateinisch. 3) Die legata wurden nach dem strengen Rechte erklärt, die Fideicommisse nach der Billigkeit.

(1) Doch s. man *Athanas. Oteyza* et *Olano* paralipom. et elect. iur. civ. lib. 2. cap. 2. in *Meermann.* thesaur. Tom. 1. p. 429.

§. 554. Vier Gattungen der Legate nach dem alten Recht.

Die legata waren von viererley Art 1) *per vindicationem.* Wenn man die Formeln brauchte: Titio do, lego; Titius sumito, capito, habeto, sibi vindicato. 2) *Per damnationem*, wenn der Testator sagte: heres damnas (das ist damnatus) esto dare; oder heres dato, facito, heredem dare, facere iubeo. 3) *Per praeceptionem.* Wenn man einem Miterben etwas vor den übrigen voraus vermachte. Die Formel war: heres praecipito, praecipuam rem accipito. (§. 588. n. 10.) 4) *Sinendi modo.* Der Testirer sagte: heres sinito legatarium sumere vel habere.

Der Unterschied zwischen diesen Vermächtnissen war: wenn ich einem etwas per vindicationem vermachte: so wurde er Eigenthümer, und zwar dominus Quiritarius, von der Zeit der Erbschaftsantretung an, und konnte daher eine **Realklage** auf das Vermächtniß anstellen. Hatte ich einem aber etwas per damnationem oder sinendi modo vermacht: so konnte er nur gegen den Erben eine **Personalklage** aus dem Testament anstellen. Endlich, wenn ich einem Miterben etwas per praeceptionem vermacht hatte: so konnte er auf dieses Vermächtniß die andern Miterben actione familiae herisçundae belangen. (§. 708.)

§. 555. Neues Recht.

In den neuen Gesetzen ist 1) der Unterschied zwischen legatis und fideicommissis singularibus aufgehoben; das heist, sie sind zwar noch immer theoretisch unterschieden, und es giebt Fälle, wo die Frage sehr wichtig ist, ob das, was ich aus aus einem letzten Willen erhalten soll, ein Legat oder Fideicommiß sey; aber beyde haben einerley Rechte und Wirkungen. Ich sage, zuweilen kommt viel darauf an, zu bestimmen, ob das, was mir Jemand hinterlassen hat, ein Legat oder Fideicommiß sey. Pufendorf (*1) hat einen Fall dieser Art. Ein Testator sagte: wenn mein Erbe ohne Kinder sterben wird: so sollen 1000 Rthlr. an meine nächste Verwandte, die Brüder N. fallen. Diese 1000 Rthlr. waren kein Legat, sondern ein Fidei-

commiß. Denn sie giengen erst durch die Hand des Erben, ehe sie an die Brüder N. kamen. In der Folge machte der Testator eine neue Disposition, und widerrief alle *legata*, welche er vorher verordnet hatte. Waren hierdurch die 1000 Rthlr. den Brüdern N. auch entzogen? Nein. 2) Auch der Unterschied zwischen einem legato per vindicationem, damnationem, praeceptionem und finendi modo hat keinen practischen Nutzen mehr. Nur in dem einzigen Fall, wenn ich einem ein genus vermache, und die Frage entsteht, wer die Wahl habe: so kommt noch etwas auf die Formel an, der sich der Testator bedient hat. Man s. den 569. §.

(1) *Pufendorf* Obs. Tom. 4. obs. 9.

(2) *Galvanus* de usufr. cap. 14. erzählt die Geschichte dieser Gleichstellung der Legate und Fideicommisse ausführlich.

§. 556. Dreyerley Arten ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlassen.

Daher können legata und fideicommissa singularia heutiges Tags auf dreyerley Art hinterlassen werden; 1) in einem Testament; 2) in Codicillen; 3) durch einen mündlichen Befehl an den Erben. Im ersten Fall sind die Erfordernisse der Testamente nöthig; im zweyten Fall müssen die Regeln der Codicille beobachtet werden; im letzten Fall sind gar keine Solennitäten erforderlich, sondern es ist genug, daß der Erbe bey dem Testator gegenwärtig ist, und dieser das Vermächtniß oder Fideicommiß ihm mündlich auflegt. (§. 618.)

§. 557. Wer kann legiren?

Die Vermächtnisse und Fideicommisse stimmen mit der Erbeseinsetzung 1) darin überein: wer ein Testament machen und einen Erben einsetzen kann, ist auch befugt, Vermächtnisse und Fideicommisse zu hinterlassen; und 2) wer nicht testiren kann, ist auch nicht im Stande, ein Vermächtniß oder Fideicommiß anzuordnen. Das Verzeichniß der Personen, die nicht testiren können, haben wir im Titel quibus non est permissum facere testamentum erhalten. Alles dort gesagte ist also hier zu wiederholen.

§. 558. Wem kann legirt werden?

3) Wer im Testament nicht zum Erben ernennt werden kann, der kann auch keine Vermächtnisse und fideicommissa singularia erhalten. Ein einziges Vermächtniß ist ausgenommen, das Vermächtniß der Alimente. Dann dieses kann auch solchen Personen hinterlassen werden, die man nicht zu Erben einsetzen

einsetzen kann. Z. E. ein Ketzer kann nicht zum Erben ernennt werden, aber die nothdürftige Alimente kann man ihm vermachen. Denn die Gesetzgeber sind doch so tolerant, daß sie auch keinen Ketzer wollen Hungers sterben lassen. Alle Personen, welche Erben seyn können, können auch Vermächtnisse erhalten; also 4) auch ungewisse Personen, wenn sich, wie oben (§. 485.) schon gesagt ist, die Ungewißheit nur heben läßt. 5) Die Armen. 6) Städte. 7) Erlaubte Collegia. 8) Ein posthumus alienus, das heist, ein noch nicht gebohrnes Kind, das, wenn es zur Welt kommt, kein suus heres des Testators ist. Nach den alten römischen Gesetzen gieng dieß nicht an, weil man einen solchen Posthumus als personam incertam betrachtete. 10) Unnütz ist das Vermächtniß, welches ich dem Sklaven meines Erben vermache. Denn der Sklave kann nichts eignes haben; das Vermächtniß fällt also wieder auf den Erben zurück. Nur alsdenn ist es wirksam, wenn ich dem Sklaven des Erben auf den Fall, daß er freygelassen wird, etwas vermache.

Aus gleichen Gründen wäre auch ein Vermächtniß unnütz, das ich meinem Universalerben hinterlassen wollte. Denn er bekommt ja ohnehin die ganze Erbschaft. Wenn ich aber mehrere Personen einsetze, und einer derselben etwas zum voraus vermache: so ist das Vermächtniß nützlich, es heist *praelegatum*.

Von diesen praelegatis ist der wichtige und folgenreiche Satz zu bemerken; der Miterbe bekommt nur einen Theil des Prälegats als Legatar, den andern Theil bekommt er als Erbe. Einen eben so großen Theil als er von der Erbschaft erhält, bekommt er auch als Erbe vom Prälegat. Z. E. Wenn drey Miterben sind, und einem von ihnen, dem A. 600 Rthlr. prälegirt werden, so bekommt er nur $\frac{2}{3}$, also 400 Rthlr. als Legatar; $\frac{1}{3}$ oder 200 Rthlr. behält er als Erbe. Die 400 Rthlr. nemlich werden ihm von seinen Miterben bezahlt, diese sind also ein wahres und gültiges Legat. Hingegen die übrige 200 Rthlr. müßte er sich selbst bezahlen, sie sind ein legatum heredi a se ipso relictum. Dieses aber ist ungereimt; A. zahlt also diese 200 Rthlr. nicht als ein Legat aus, sondern behält sie als Erbe. L. 18. §. ult. ad SC. Trebell. L. 91. D. ad L. Falcid. Doch ist diese Regel nur von dem Falle zu verstehen, wenn das Prälegat einem Miterben aus der ganzen Erbschaft verlassen ist. Denn wenn ein Miterbe von seiner Erbportion dem andern Miterben das Prälegat auszahlen soll, z. E. es heist, A und B sollen meine Erben seyn, A aber soll von seinem Theil 100 Rthlr. an den B abgeben: so bekommt der Miterbe B das ganze Prälegat als legatarius. (* 1)

(1) *Hert.* diss. de praelegat. §. 14. in opusc. Vol. 1. Part. 3. p. 215.

§. 559.

§. 559. Wem kann ein Legat auferlegt werden?

Jeder, der etwas aus meiner Verlassenschaft erhält, kann auch mit legatis und fideicommissis b schwert werden; also nicht nur der Erbe, sondern auch der legatarius und fideicommissarius, und deren Erben; das heist, ich kann einem ein Vermächtniß hinterlassen, und ihm befehlen, daß er, oder seine Erben wieder ein anderes Vermächtniß bezahlen soll; z. E. ich kann sagen: A. soll mein Landgut haben, aber an meine Witwe ein Vermächtniß von 1000 Rthlr. bezahlen. Nach dem alten römischen Recht konnte man nur den fideicommissariis dergleichen aufgeben, nicht den legatariis. Nur versteht sichs von selbst, daß der Werth dessen, was ich einem vermache, mehr betragen muß, als das, was er abgeben soll. Z. E. das Landgut muß mehr als 1000 Rthlr. werth seyn, sonst wird es der legatarius nicht annehmen. Auch muß ich keinem eine Sache vermachen, die schon sein ist. Der Fall wird sich nicht leicht zutragen, doch ist er möglich. Man stelle sich z. E. vor, daß A. ein Haus miethsweise bewohnt, daß er es nachher kauft, daß ich, ohne von diesem Kaufe etwas zu wissen, ein Testament mache, und meinem Erben aufgebe, es für den A. zu kaufen. Ein solches Vermächtniß ist ohne allen Nutzen. Der legatarius kann weder die Sache selbst, denn diese ist schon sein, noch den Werth derselben verlangen. Auch selbst alsdenn bleibt das Vermächtniß ungültig, wenn A. sein Haus nachher wieder verkauft; denn ein Vermächtniß, das von Anfang nicht gilt, kann vermöge der Catonianischen Regel nie gültig werden. (§. 482.) Ein anders ist zu behaupten, wenn ich einem eine Sache auf den Fall, unter der Bedingung vermache, **wofern er sie alieniren wird.** Z. E. ich sage im Testament: weil ich fürchte, daß den A. seine Schulden nöthigen werden, sein Haus zu verkaufen: so will ich, daß im Fall dieses wirklich geschieht, mein Erbe das Haus wieder kaufen, und dem A. überliefern soll. Dieses Vermächtniß ist gültig. Denn die Catonianische Regel gilt bey **bedingten** Vermächtnissen nicht.

§. 560. Welche Sachen können legirt werden.

Alle Sachen, die schon existiren, oder in Zukunft existiren können, sind ein Gegenstand der Vermächtnisse; sie mögen körperlich oder unkörperlich seyn. Ich kann einem also die Jagdgerechtigkeit, das Zehendrecht, eine Summe Geld, ausstehende Schulden, und jede andere unkörperliche Sache (§. 340.) vermachen. Nur muß die Sache in commercio legatarii, das heist, er muß berechtigt seyn, sie zu acquiriren und zu alieniren. Allein kann er denn, wenn die Sache nicht in seinem commercio ist, nicht die Aestimation fordern? Man distinguire: entweder ist die Sache überhaupt nicht in commercio, oder nur

in

in commercio des legatarii nicht. Im ersten Fall kann der legatarius gar nichts fordern, z. E. wenn ich einem den öffentlichen Marktplatz, das Rathhaus, einen gemeinen Wald vermachte. Wie aber, wenn andere die Sache an sich bringen können, und nur der legatarius dazu nicht befugt ist? Z. E. in den meisten deutschen Provinzen können die Juden keine liegende Güter besitzen; was ist also Rechtens, wenn ich einem Juden dergleiche vermache? Viele Juristen (*1) glauben, daß auch in diesem Fall der legatarius den Werth nicht fordern könne; aber Beaufin und Püttmann (*2) haben das Gegentheil bewiesen.

(1) *Otto* ad §. 4. I. h. t. *Maiansius* disp. iur. Tom. 1. pag. 351. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 14. *Walch* controvers. p. 190. sqq.

(2) *Beaufin* disp. ad L. 40. de legat. I. in *B. Branchu* observat. ad ius rom. pag. 197. sqq. *Puttmann* adversar. Lib. 1. Cap. 3. S. auch *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. Obs. 64.

§. 561. Auch zukünftige Sachen können vermacht werden.

Daß die vermachte Sache schon wirklich existire, ist nicht erforderlich. Ich kann einem auch etwas vermachen, das künftig erst existiren wird; z. E. den Wein, das Getraide, das auf meinen Ländereyen im künftigen Jahre wachsen, das Kind, das meine Sklavin gebähren, die Ausbeute, die künftig aus meinem Bergwerk gewonnen wird.

Wenn ich einem Früchte aus einem gewissen Gute vermache, z. E. Wein aus meinem Weinberge, und in diesem Gute nichts wächst; also die Frage entsteht, ob der Legatar die Früchte nicht anderwärts her verlangen könne: so muß man folgenden Unterschied machen: entweder ist das Gut nur demonstrationis causa benennt, das heist, Gut und Früchte kommen in zwey verschiedenen Sätzen vor; z. E. ich vermache dem A ein Stück Wein, — (erster Satz;) das aus meinem Weinberge im künftigen Jahre kann genommen werden, — (zweyter Satz;) Oder das Gut ist taxationis causa genennt, das heist, Gut und Früchte sind in einem Satz zusammen gefaßt; z. E. ich vermache dem A ein Stück künftigjährigen Wein aus meinem Weinberge. Im ersten Fall kann A das Stück Wein fordern, in meinem Weinberge mag in dem bestimten Jahre etwas oder nichts wachsen. Aber im zweyten Fall bekommt der Legatar nichts, wenn im Weinberge nichts wächst. (*1)

(1) S. von diesem Unterschied *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 27.

§. 562.

§. 562. Und fremde Dinge.

Nicht nur Sachen, die mein eigen sind, sondern auch fremde kann ich vermachen. Wenn ich einem nemlich eine Sache legire, die nicht mein gehört: so weiß ich entweder, daß sie einem andern gehöre, oder nicht. Es kann seyn, daß eine Sache unter den Meinigen ist, daß ich geglaubt habe sie gehöre mein; in dieser Meynung sie vermache; sich nach meinem Tode aber zeigt, daß sie einem andern gehört. In diesem Falle gilt das legatum nicht. Denn es ist zu vermuthen, wie Justinian im §. 4 h. t. sagt, daß ich die Sache nicht würde legirt haben, wenn ich gewußt hätte, daß sie nicht mein ist. Entsteht übrigens Zweifel, ob ich dieß gewußt habe, oder nicht: so muß der legatarius den Beweiß der Wissenschaft führen. Denn jede Wissenschaft ist, wie die Juristen reden, facti; facta aber werden nicht präsumirt, sie müssen erwiesen werden. Wie aber, wenn ich gewußt habe, daß die Sache einem andern gehöre, und sie doch vermache? Z. E. A. bewohnt ein Haus als Miethsmann, das dem B. eigen ist. Ich vermache es dem A. In diesem Fall ist das Vermächtniß gültig. Mein Erbe nemlich muß das Haus kaufen, und es dem Legatar übergeben. Ist es aber dem Eigenthümer nicht feil, oder hält er es zu hoch: so muß der Erbe dem Legatar den Werth bezahlen. Noch ein Fall ist zu überlegen übrig. Ich vermache einem eine Sache, die nicht mein gehört; ehe ich sterbe, bringt er sie an sich; z. E. nachdem ich dem A. das Haus vermacht habe, acquirirt er es eigenthümlich. Hier ist zu distinguiren: entweder erhält er es umsonst, (titulo lucrativo adquirit;) es wird ihm z. E. geschenkt; oder er erlegt den Werth dafür, (titulo oneroso adquirit;) er kauft es z. E. oder bekommt es durch Tausch. Wenn er es titulo lucrativo erhalten hat: so kann er von meinem Erben nichts weiter verlangen; denn meine Absicht war, er sollte es umsonst bekommen, und diese ist erfüllt. Dieß drücken die Juristen durch die Regel aus: duae causae lucrativae in eundem hominem, et eandem rem concurrere non possunt. Bringt er es hingegen onerose an sich: so kann er von meinem Erben die Erstattung des Werthes fordern. Denn meine Absicht ist, er soll es eigen und umsonst haben. Der erste Theil dieser Absicht ist erreicht, aber der letzte noch nicht.

§. 563. Desgleichen unkörperliche. Vom legato nominis und liberationis.

Wir haben im §. 560. gehört, daß auch unkörperliche Sachen legirt werden können. Dergleichen Vermächtnisse sind: *legatum nominis*, *liberationis* und *debiti*. (S. die 36. Tabelle.) Wenn ich nemlich einem eine Schuldforderung vermache: so ist es entweder a) eine Activ- oder b) eine Passiv-

Passivschuld; eine Activschuld, wenn ich das vermache, was ich zu fordern habe; Passivschuld, wenn ich legire, was ich zu bezahlen habe. Im ersten Fall legire ich entweder einem das, was ich an ihn selbst zu fordern habe, (legatum liberationis;) oder was mir ein dritter schuldig ist, (legatum nominis.) Gesetzt also A. ist mir 1000 Rthlr. schuldig; ich sage in meinem Testament: die 1000 Rthlr. welche mir A. schuldig ist, sollen ihm hiermit vermacht, und er also von dieser Schuld frey seyn. Dieß ist ein legatum liberationis. Hingegen wenn ich sage: die 1000 Rthlr. welche ich in der Londner Bank stehen habe, vermache ich dem A. so ist es legatum nominis. Wenn ich jemanden eine Passivschuld legire: so vermache ich ihm entweder das, was ich ihm selbst, oder das, was ich einem Dritten schuldig bin. Das letzte Vermächtniß wäre ungereimt. Wenn ich einem aber das vermache, was ich ich ihm selbst schuldig bin: so heist es *legatum debiti*; und dieses hat zuweilen seinen Nutzen, wie der folgende §. zeigt. Wir kehren zum legato nominis zurück. Wenn ich einem das vermache, was mir ein Dritter, z. E. 1000 Rthlr. die mir A. schuldig ist: so kann der legatarius von meinem Erben fordern, daß er ihm *actiones* cedire; das heist, daß er ihm eine Vollmacht gebe, die 1000 Rthlr. von dem A. einzufordern. (§. 991.) Ohne eine solche Cession kann nach dem alten römischen Recht der legatarius gegen den Schuldner A. nicht klagen. Denn Personalklagen kann nur der anstellen, der sie zuerst acquirirt hat, und sein Erbe, weil er mit dem Verstorbenen Eine Person ist. Nach den neuern Gesetzen, aber ist die Cession nicht nöthig. Den diese haben den Grundsatz aufgestellt: **wenn jemand schuldig ist, mir eine Klage zu cediren; so kann ich sie anstellen, obgleich die Cession nicht wirklich geschehen ist.** Näher wird sich dieß im 1091. §. aufklären.

Das legatum liberationis hat die Wirkung a) daß der Erbe schuldig ist, dem legatario seinen Schuldschein zurückzugeben; b) daß wenn der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen wollte, dieser ihm exceptionem doli entgegen setzen könnte. Also nach dem subtilen und strengen römischen Recht kann der Erbe den Legatar auf die Schuld belangen, ob der Testator sie gleich durch das Vermächtniß erlassen hat. Weil aber dieses strenge Recht gegen alle Vernunft und Billigkeit ist: so hat man dem Legatar die exceptionem doli verstattet.

Noch ist die Frage übrig, was ist Rechtens, wenn dem Testirer die legirte Activschuld abgetragen wird, geht dadurch das Vermächtniß zu Grunde? Z. E. ich vermache dem A. die 1000 Rthlr. die er mir schuldig ist, vor mei-

nem Absterben aber legt er das Capital ab. Oder ich vermache einem die 1000 Rthlr. die ich in der Londner Bank stehen habe, und ehe ich sterbe, nehme ich das Capital heraus. Kann der Legatar demungeachtet das Vermächtniß fordern? Man distinguire: entweder kündige ich die Schuld auf; oder der Schuldner legt sie freywillig ab. Im letzten Fall ist das Vermächtniß nicht aufgehoben. Im ersten aber habe ich entweder aus Noth die Schuld aufgekündigt, weil ich das Geld brauchte; oder ohne Noth. Wenn ich aus Noth aufkündige: so bleibt das Vermächtniß gültig; habe ich es aber ohne Noth gethan: so ist das Legat stillschweigends revocirt. Man glaubt, daß ich die Schuld *animo adimendi legatum*, d. i. in der Absicht aufgekündigt habe, um das Vermächtniß ungültig zu machen. Die zu diesem §. gehörige Tabelle wird denselben noch deutlicher machen.

§. 564. Vom legato debiti.

Wenn das legatum debiti von Wirkung seyn soll: so muß der Legatar Vortheil daraus ziehen können, (plus sit in legato quam in debito.) Denn kann er dieß nicht: so ist das Vermächtniß unnütz. Der Vortheil kann von verschiedener Art seyn. 1) Wenn der Erblasser etwas nur bedingt, (sub conditione) oder nach einer Zeit (ex die) schuldig war, und er vermacht mir es ohne Bedingung (pure) und sogleich: so ist der Vortheil offenbar. 2) Kann er darin liegen, daß ich durch das Legat eine Hypothek bekomme; da meine Forderung blos personal war. Z. E. wenn die Schuld aus einem Darlehen, das der Erblasser von mir bekommen hat, herrührt: so giebt sie mir ihrer Natur nach blos eine Personalklage gegen den Erblasser und seine Erben, keine Realklage gegen jeden Besitzer. Vermacht mir aber der Erblasser die Schuld: so bekomme ich eine Hypothek, also ein dingliches Recht und eine dingliche Klage. Denn jeder Legatar hat eine Hypothek auf des Erblassers Vermögen. 3) Wennn ich meine Forderung nicht erweisen, und der Erbe mir sie daher bezweifeln konnte: so hat das legatum debiti den grossen Nutzen, daß ich nun statt des Beweises mich auf das Testament beziehen, und vermöge dieses die legirte Summe fordern kann. Gesetzt auch, ich hätte gar nichts zu fordern gehabt: so kann ich dennoch die legirte Summe verlangen. Denn genug, der Testator hat sie mir vermacht, und also gewollt, daß sie mir ausbezahlt werde. Nur muß, wenn das legatum debiti diesen dritten Nutzen haben soll, im Testament eine gewisse Summe ausgedrückt seyn. Z. E. die 1000 Rthlr. die mir A. schuldig ist, vermache ich ihm. Heist es hingegen nur überhaupt: das, was mir A. schuldig ist, vermache ich ihm, so fällt dieser Vortheil weg. 4) Wenn ich nur eine actionem stricti

iuris

iuris wegen meiner Forderung hatte: so bekomme ich durch das Legat eine actionem bonae fidei. Wie diese beyde Arten von Klagen unterschieden sind, wird sich §. 1128. u. f. f. zeigen. Da heutigstags alle Klagen bonae fidei actiones sind: so fällt dieser Nutzen des legati debiti weg.

§. 465. Vom praelegato dotis.

Wenn ich eine Brautgabe vermache: so geht das Vermächtniß entweder auf meine Ehefrau, oder auf eine andere Person. Vermache ich meiner Ehefrau, den von ihr mir zugebrachten Brautschatz: so heist es *praelegatum dotis*. Setze ich aber einer andern Weibsperson eine Brautgabe aus: so heist es *legatum dotis*. Das letzte setzt die stillschweigende Bedingung voraus, daß die legataria heyrathet. Erfolgt dieß nicht: so kann sie auch, der Regel nach, das Vermächtniß nicht fordern. (* 1) Das praelegatum dotis scheint bey dem ersten Anblick ohne Nutzen zu seyn, denn die Ehefrau kann ihre Brautgabe zurück fordern, wenn sie ihr auch nicht vermacht ist. Indessen ist es doch zuweilen sehr vortheilhaft. Denn 1) dient es der Wittwe dazu, daß sie die Brautgabe sogleich nach des Mannes Tode zurück verlangen kann, da sie ausserdem, wenn die Brautgabe in Mobilien und baarem Gelde besteht, ein Jahrlang warten müßte. 2) Daß die Erben des Mannes die Unkosten, welche er auf die Dotalsachen verwendet hat; z. E. auf die Reparatur der Dotalgebäude, nicht anrechnen, und von der Wittwe vergütet fordern können. 3) Wenn der Testator eine gewisse Summe angegeben hat, z. E. ich vermache meiner Frau die 1000 Rthlr. die sie mir zugebracht: so ist die Wittwe nicht schuldig, die Illation dieser Summe zu beweisen; das heist nicht schuldig zu beweisen, daß sie wirklich ihrem Manne so viel zugebracht habe; sondern die Erben des Mannes sind ihr die benannte Summe zu bezahlen schuldig, wenn sie auch nichts zugebracht hätte. Ich sage die Erben des Mannes; denn wenn über dessen Vermögen ein Concurs entsteht, und die Wittwe ihr eingebrachtes aus der Masse fordert: so ist das im Testament enthaltene Geständniß des Mannes zum Beweiß gegen die andern Gläubiger nicht hinreichend.

(1) Dieß ist die gemeine Meynung. Man sehe *Stryk* caut. testam. cap. 20. §. 35. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de dote praeleg. §. 5. *Voet.* ibid. n. 5. das Gegentheil behaupten *Nettelbladt* in diss. de legato dotis constituendae §. 15. sqq. *Walch* controvers. pag. 193.

§. 566. Vom legato speciei, partitionis, quantitatis und generis.

Die Vermächtnisse sind in Rücksicht auf ihren Gegenstand mancherley; entweder legata *speciei*, oder *partitionis*, oder *generis*, oder *quantitatis*. Spe-

cies heist bey den Juristen, was bey den Philosophen individuum ist, eine völlig bestimmte und existirende Sache. Z. E. dieses Haus, worin ich wohne, dieser Tisch, der vor mir steht, sind species. Genus heist bey den Juristen das, was die Philosophen speciem nennen, eine Aehnlichkeit der einzelnen Dinge (similitudo individuorum.) Wenn man z. E. mehrere wirklich existirende Menschen mit einander vergleicht: so findet man, daß sie alle in gewissen Stücken übereinstimmen; diese Uebereinstimmung heist ein genus, das genus Mensch. Ist das genus durch Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt, so heist es *quantitas*. Wenn ich einem also dieses Haus, diesen Tisch vermache: so ist es legatum speciei. Vermache ich aber einem ein Reitpferd, eine goldne Sackuhr, kein bestimmtes Pferd, keine bestimmte Sackuhr: so ist es legatum generis. Endlich ein legatum quantitatis ist es, wenn ich einem ein Stück Wein, ein Gespann Pferde, 1000 Rthlr. vermache. Was *pars quota* der Erbschaft sey, ist schon bey dem 552. §. erklärt worden.

§. 567. Was ist bey dem legato speciei Rechtens?

1) Von dem legato speciei ist zu bemerken, daß wann die legirte species durch einen Zufall zu Grunde gehet, z. E. das mir vermachte Haus abbrennt, das mir vermachte Pferd crepirt, der legatarius den Schaden tragen muß. Ich sage durch einen Zufall, denn wenn es durch die Schuld des Erben geschieht, und wenn er nur die mindeste Schuld hat: (* 1) so muß er dafür haften. Auch wenn er in mora ist, das heist, die legirte Sache nicht zu rechter Zeit dem legatario prästiret, und dieser Verzug zu dem Untergang der Sache beyträgt: so muß er den Schaden ersetzen; L. 23. D. de V. O.

2) Wie aber, wenn ich einem zwey bestimmte Sachen (species) vermache, und eine zu Grunde geht? Man distinguire; entweder a) sind sie beyde res principales, oder b) eine ist ein accessorium von der andern. Im ersten Fall kann der Legatar die noch übrige Sache fordern. Im letzten Fall aber ist entweder die Principalsache zu Grunde gegangen, hier kann der Legatar die accessorische Sache nicht verlangen; oder die accessorische Sache ist verloren gegangen; alsdenn kann der Legatar doch die Principalsache noch fordern. Wenn ich einem z. E. meine zwey Reitpferde vermache, und eines davon crepirt, so gebührt dem Legatar doch das andere. Vermache ich einem ein Reitpferd mit Sattel und Zeug, und das Pferd crepirt: so kann er auf Sattel und Zeug keinen Anspruch machen. Wenn hingegen dieses letzte durch Zufall, z. B. Diebstahl verloren geht: so behält doch der Legatar sein Recht

auf

auf das Pferd. Wenn ich 3) eine universitatem rerum einen Inbegriff von mehreren Sachen, die einen gemeinschaftlichen Namen führen, (§. 278.) z. E. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh vermache, und diese universitas einen Zuwachs bekommt: so ist dieß ein Vortheil für den Legatar. Wenn aber die universitas vermindert wird: so muß er auch den Schaden tragen. Wenn also die Heerde Schaafe durch Lämmer vermehrt wird: so gehören diese dem Legatar. Krepiren aber alle Schaafe bis auf Eins: so gehört ihm auch dieses, ob es gleich keine Heerde ausmacht.

(1) Denn es heist in der L. 47. §. 5. D. de legat. I. culpa autem qualiter sit aestimanda videamus. An non solum ea, quae dolo proxima, verum etiam ea, quae levis est. *An numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.* Ein anderes ist zu behaupten, wenn ein legatarius oder fideicommissarius singularis mit einem Legat oder Fideicommiß beschwert ist. *Voet.* ad pand. tit. de legat. n. 50. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. Qu. 25. Uebrigens ist diese Materie controvers, und nicht alle Juristen nehmen die hier vorgetragene Sätze an. S. *Müller* ad *Struv.* Ex. 35. th. 21. lit. *a.*

§. 568. Vom legato partitionis.

Eine besondere Art von Vermächtnissen ist das *legatum partitionis*, wenn ich einen partem quotam der Erbschaft oder meines Vermögens, (*partem hereditatis sive bonorum*) z. E. die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel vermache. Man nennt einen solchen Legatar partiarium. Dieser Legatar sieht einem Erben sehr ähnlich, weil er einen Theil der Erbschaft, wie ein Miterbe bekommt. Aber er ist doch kein Erbe. Denn a) er hat kein ius accrescendi, wenn ein Miterbe wegfällt, das heist nicht erben mag, oder nicht kann. Wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist, und dieser wegfällt, oder wenn alle eingesetzte Miterben wegfallen, daß also das Testament destituirt wird: so bekommt der legatarius partiarius gar nichts. b) Er ist kein successor iuris, er tritt nicht in die Rechte des Verstorbenen ein, er kann die actiones hereditarias nicht anstellen, die Schuldner des Erblassers nicht belangen. Dieß thut allein der Erbe. Auch die Gläubiger des Verstorbenen können gegen ihn nicht klagen; sie müssen sich allein an den Erben halten. Weil indessen die Erbschaft, und folglich auch die legirte pars quota durch die eingehenden Activschulden vermehrt, durch die Zahlung der Passivschulden hingegen vermindert wird: so ist jener Zuwachs ein Vortheil für den Legatar, und dieser Abgang ein Schade für ihn. Daher leisteten der Erbe und ein legatarius partiarius einander wechselsweis Caution. Der Erbe cavirte, daß wenn noch Activschulden eingehen würden, der Legatar seinen Antheil davon haben sollte: und der Legatar cavirte, daß wenn sich noch Passivschulden entdecken würden, er seinen Antheil daran bezahlen

zahlen wolle. Diese Cautionen hiessen stipulationes partis et pro parte.

Schon zu Justinians Zeiten war das legatum partitionis nicht mehr gewöhnlich. Die Ursache nemlich, warum dieses legatum aufkam, waren die sacra privata. Ein jeder Römer hatte seinen besondern Haus- und Privatgottesdienst. Wer der Erbe meines Vermögens wurde, mußte auch meine sacra privata fortsetzen. Dieß war aber dem Erben, weil es Kosten machte, lästig. Wenn also ein Erblasser jemand einen Theil der Erbschaft hinterlassen und ihn von jener Last befreyen wollte, so setzte er ihn nicht zum Erben ein, sondern hinterließ ihm ein legatum partitionis, *ne sacris alligetur*, wie Cicero (*1) sagt. Mit Einführung der christlichen Religion fielen die sacra privata, folglich auch die Veranlassung zum legato partitionis weg. (*2) Uebrigens war es wohl Niemanden verwehrt, noch immer ein legatum partitionis zu verlassen. Heutiges Tags wird diese Art von Vermächtnissen noch weniger vorkommen. Wenn bey uns ein Testator sagt: er **vermache** mir die Hälfte, ein Drittel, ein Viertel u. s. w. seines Vermögens, so werde ich als Erbe angesehen, habe also das ius accrescendi in der Erbschaft, kann klagen und belangt werden, die Cautionen fallen weg. Denn im gemeinen Leben heist **vermachen** so viel als zum **Erben einsetzen.** Hätte indessen der Testator dabey erklärt, daß ich kein Erbe, sondern legatarius seyn sollte: so würde das römische Recht gelten. (*3)

(1) Cic. de leg. lib. 2. cap. 20.

(2) *d' Arnaud* var. coniectur. lib. 2. cap. 1. et 2.

(3) Man sehe von dieser Art der Vermächtnisse auch *Chiflet.* tr. de fideicommiss. Lib. 2. Cap. 4. in thesaur. Otton. Tom. V. pag. 789.

§. 569. Vom legato generis.

Das legatum generis ist zuweilen nützlich, zuweilen unnütz. Unnütz ist es, wenn das genus so allgemein ist, daß es Dinge unter sich begreift, die dem Legatar nicht dienen; so weitläuftig, daß der Erbe dem Legatar etwas geben könnte, was gar keinen Werth hat. So würde es z. E. ein unnützes legatum generis seyn, wenn ich einem **ein Thier, einen Körper, ein Ding** vermachen wollte. Nützlich aber ist dieses Vermächtniß, wenn das genus nicht so allgemein ist; z. E. wenn ich einem ein Reitpferd, ein Wohnhaus, einen Garten vermache. Denn auch ein schlechtes Reitpferd, ein schlechtes Wohnhaus, ein schlechter Garten hat doch einigen Werth. 2) Wer hat aber die Wahl bey diesem Vermächtniß, der Erbe oder Legatar? Man distinguire, entweder

entweder vermache ich einem ein genus von Dingen, dergleichen in der Erbschaft sind, z. E. eins von meinen Reitpferden, oder von solchen Dingen, die sich nicht darin befinden, z. E. ich vermache einem ein Reitpferd, hinterlasse aber dergleichen nicht. Im letzten Fall wählt der Erbe. (*1) Im ersten aber kommt es darauf an, an wen der Testator die Worte gerichtet hat. Hat er a) gesagt: mein Erbe soll dem A. eins von meinen Büchern geben: so wählt der Erbe; doch darf er nicht das schlechteste geben. Heist es aber b) A. soll eins aus meinen Büchern haben, nehmen: so wählt der Legatar, doch darf er nicht das beste nehmen. Sind endlich c) die Worte an keinen von beyden gerichtet; z. E. ich vermache dem A. eins von meinen Büchern: so wählt ebenfalls der Legatar: (*2) aber das beste Buch darf er auch jetzt nicht aussuchen, (*3)

(1) *Gebauer* diff. de opt. legat. §. 3. in opusc. Tom. I. p. 424.

(2) L. 11. pr. D. de leg. I. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de optione legat. §. 35. *Hert.* diss. de electione ex obligatione alternativa, sect. 3. §. 6. Gmelin und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen 1. Band. 167. u. f. f. Seite.

(3) Anderer Meynung ist *Gebauer* l. c. §. 2. Er glaubt, daß in den Fällen b) und c) der Legatar das beste nehmen, und im Fall a) der Erbe das schlechteste geben dürfe. Aber L. 37. pr. de legat. I. ist zu deutlich für uns.

§. 570. Von legato optionis.

Wenn dem Legatar die Wahl vom Testator ausdrücklich verstattet ist; z. E. A. soll eines von meinen Büchern haben, und zwar das, welches er sich aussuchen wird: so heist es legatum optionis oder electionis, und nun kann sich der Legatar auch das beste wählen. Nach dem alten römischen Recht mußte er aber in eigner Person wählen; starb er vor der geschehenen Wahl, so war das Legat extinguirt. Nach einer Verordnung K. Justinians hingegen kann auch der Erbe des Legatars wählen. Hat übrigens der Legatar einmal gewählt: so kann er das gewählte Individuum nicht wieder zurückgeben, und eine neue Wahl vornehmen.

§. 571. Lehrsatz vom legato generis und quantitatis.

Genus und quantitas sind abstracte Begriffe, sie haben keine Existenz als in unsrer Vorstellung, sie hören nicht auf zu existiren, wenn ein oder das andere Individuum, das zu dem genere oder der Quantität gehört, die Existenz verliehrt; (genus et quantitas non pereunt.) Wenn ich einem dieses Pferd, diese Taschenuhr vermache, und das Pferd crepirt, die Uhr wird gestohlen; so ist das Vermächtniß erloschen. Wenn ich einem aber a) ein Pferd,

eine

eine Taschenuhr überhaupt (in genere) vermache: so kann das Vermächtniß auf diese Art nicht erlöschen, so lang nicht alle Pferde, alle Taschenuhren auf dem Erdboden zu Grunde gehen. Gesetzt auch, daß das Pferd, die Uhr, die der Erbe in der Absicht gekauft hat, um sie dem Legatar zu übergeben, zu Grunde gehen: so kann dieser doch sein Vermächtniß fordern. Hab ich b) einem eines von meinen Pferden, eine von meinen Taschenuhren vermacht: so kann er das Legat verlangen, wenn gleich eines oder einige dieser Stücke zu Grunde gehen. Erst alsdenn, wenn sie alle durch Zufall um- oder wegkommen, wird das Legat erstinguiret.

§. 472. Vom legato facti.

Der Gegenstand eines Vermächtnisses können nicht nur Sachen, sondern auch *facta* seyn. Wenn nemlich der Testator seinem Erben befiehlt, mir zum Vortheil ein Factum zu thun: so hat er mir dieses Factum vermacht. So kann z. E. der Testator seinem Erben, der ein Gelehrter ist, befehlen, mir Unterricht in einer Wissenschaft zu ertheilen; seinem Erben, der noch unverheyrathet ist, befehlen, daß er einem ledigen Frauenzimmer das Factum leiste, sie zu heyrathen. Nur muß das Factum erlaubt, den Gesetzen nicht zuwider seyn; sonst ist der Erbe nicht verbunden, es zu prästiren.

§. 573. Die legata sind entweder pura, oder conditionata, oder in diem, oder ex die, oder sub demonstratione, oder sub causa, oder sub modo.

Ein Vermächtniß kann 1) unbedingt, 2) unter einer Bedingung, 3) mit einer Beschreibung, 4) mit Anführung der Ursache, und 5) mit Bestimmung des Endzwecks hinterlassen werden. Im ersten Fall heist es *legatum purum*, im zweyten *conditionatum*, im dritten *sub demonstratione*, im vierten *sub causa*, im fünften *modale*.

§. 574. Lehrsätze vom legato conditionali.

Bey dem bedingten Vermächtniß ist eben das Rechtens, was bey der bedingten Erbeinsetzung gilt. Wenn ich einem daher etwas unter einer potestativen negativen Bedingung vermache: so kann er die Aushändigung des Legats sogleich verlangen, wofern er die Mucianische Caution leistet. Z. E. wenn ich einem 10000 Rthlr. mit dem Beding hinterlasse, daß er seinen bisherigen Wohnort nicht verlassen soll; so muß ihm diese Summe sogleich ausgezahlt werden, im Fall er Caution stellt, daß er die vorgeschriebene Bedingung nicht übertreten werde.

§. 575. Vom legato sub demonstratione.

Ein Legat sub demonstratione ist, wenn der Testator der Person des Legatars oder der legirten Sache eine Beschreibung beyfügt, um sie desto kenntlicher und gewisser zu machen; z. E. ich vermache meinem Vetter A. der die Handlung in Frankfurt gelernt hat, und sich jetzt in Paris aufhält, 1000 Rthlr. Ich vermache dem A. mein achromatisches Fernrohr, von Dollond in London verfertigt. Demonstration und Condition sind also bey den Vermächtnissen unterschieden. Denn die Demonstration enthält Eigenschaften oder Verhältnisse der Person oder Sache, die Condition aber einen fremden äusserlichen Umstand. Wenn die Demonstration unrichtig ist, man indessen doch gewiß weiß, welche Person, oder welche Sache der Testator gemeynt hat: so schadet die Unrichtigkeit der Gültigkeit des Vermächtnisses nicht. Z. E. wenn der Vetter A. dem die 1000 Rthlr. vermacht sind, die Handlung nicht in Frankfurt, sondern in Hamburg gelernt hätte, der übrige Theil der Beschreibung aber doch zuträfe; oder wenn das Fernglas nicht von Dollond wäre, gleichwohl sich ein achromatisches nach Dollondischer Art verfertigtes in der Erbschaft fände: so würde das Vermächtniß bestehen. Eben so wenig schadet ein Irrthum, den der Testator im Namen des Legatars begeht; wenn es nur gewiß ist, wen er gemeynt habe. Wenn aber die Unrichtigkeit in der Beschreibung, oder der Irrthum im Namen eine inextricable Ungewißheit verursacht: so ist das Legat ungültig. (* 1)

(1) *Vinn.* quaest. sel. lib. 2. cap. 27. *Averan.* lib. 5. interpret. cap. 14. *Franc. Car. Conradi* diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum. Helmst. 1736.

§. 576. Vom legato sub causa.

Legatum sub causa heist, wenn der Testator die Bewegursache anführt, die ihn zu dem Vermächtniß angetrieben hat. Z. E. weil mir A. viele Freundschaft erzeigt, und mir in meiner langwierigen Krankheit Beystand und Pflege geleistet hat: so vermache ich ihm 1000 Rthlr. Wenn gleich die angeführte Ursache des Vermächtnisses falsch ist: so ist darum das Vermächtniß nicht ungültig. Denn die Gesetzgeber wissen, daß die Testatoren zuweilen mit Fleiß eine falsche Ursache angeben, um etwa den Erben, der über das Vermächtniß scheel siehet, zu besänftigen, oder weil sie sich der wahren Ursache schämen, u. d. gl. Eine Ausnahme aber leidet dieser Satz, wenn der Erbe beweisen kann, a) daß der Testator die angeführte Ursache für wahr gehalten hat, und b) daß er ohne diesen Irrthum das Legat nicht würde hinterlassen haben. (* 1)

Will er diesen Beweiß führen: so kann er den Legatar, welcher das Legat verlangt, mit der exceptione doli abweisen.

(1) Struben rechtl. Bed. 5. B. 37. Bed.

§. 577. Legatum sub modo.

Wenn der Testator bestimmt, wozu der Legatar das Vermächtniß anwenden, und gebrauchen soll: so heist es *legatum sub modo*. Z. E. ich vermache dem A. 10000 Rthlr. um sich dafür ein Haus zu kaufen; 300 Rthlr. um die Doctorwürde annehmen zu können u. d. gl. Dieses Legat hat mit dem bedingten Vermächtnisse einige Aehnlichkeit, ist aber doch davon sehr verschieden. Denn wem etwas unter einer Bedingung vermacht ist, der acquirirt nicht eher das Legat, als bis die Bedingung erfüllt ist. Er kann es daher auch nicht eher fordern, und nicht auf seine Erben transferiren. Wem hingegen etwas sub modo vermacht wird, der erhält sogleich ein Recht auf die legirte Sache, welches er auf seine Erben transferirt, aber er verliert es wieder, wenn er den modum nicht erfüllt. (*1)

(1) *Gregor. Maiansius* in diss. de his quae sub modo relinquuntur. §. 9. *Leyser* Sp. 399. med. 1. *Kortholt* diss. de eo, quod iustum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit, §. 19.

§. 578. Fortsetzung.

Wem daher ein solches legatum hinterlassen wird, der kann entweder den modum sogleich erfüllen, oder nicht. Im ersten Fall ist er verbunden, es zu thun, im letzten aber kann er gegen Caution die Aushändigung des Legats verlangen. Nur wird vorausgesetzt, daß dem Testator, oder dem Erben, oder einem dritten daran gelegen ist, daß der modus erfüllt werde. Z. E. wenn dem Testator daran gelegen ist, daß einer seiner Verwandten die Doctorwürde annehme, und er ihm zu diesem Behuf eine Summe Geld vermacht: so ist der Legatar schuldig, es dazu zu verwenden. Wenn der Testator sagt: dem A. vermache ich 4000 Rthlr. zu Ankaufung eines eignen Hauses, und in diesem Hause soll B. eine Stube und Kammer lebenslang zur freyen Wohnung haben: so muß A. das Legat zu dem bestimmten Behuf anwenden, weil dem B. daran gelegen ist. Hat aber niemand ein gegründetes Interesse dabey, daß der modus erfüllt werde: so kann auch niemand den Legatar zu der Erfüllung zwingen. Z. E. der Testator sagte: A. soll 100 Rthlr. haben, um sich ein Reitpferd dafür anzuschaffen. Hier hängt es lediglich vom Legatar ab, ob er das Geld zu diesem Behuf anwenden will oder nicht.

§. 579. Legata captatoria und poenae nomine relicta.

Wenn ich einen zum Erben ernenne, oder ihm etwas vermache, weil er eben dasselbe gethan hat: so ist meine Disposition ohne Zweifel gültig. Gesetzt aber ich setze einen ein, oder vermache ihm etwas auf den Fall, wenn er mich einsetzen, oder mir etwas vermachen wird, was ist alsdenn Rechtens? Man distinguire: entweder habe ich zugleich erklärt, daß der andere den Inhalt seines Testaments noch bey seinem Leben bekannt machen solle; ich habe, wie es in der L. 1. D. de his quae non script. heist, gesagt: qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis *recitaverit*, ex ea parte heres esto; oder nicht. Im letzten Fall gilt meine Disposition. Im ersten aber heist sie captatoria. Diese dispositiones captatoriae sind entweder captatorische Erbeseinsetzungen, oder captatorische Vermächtnisse. Beyde sind ungültig. Bey den Römern gab es eine Menge Menschen, die nach Erbschaften schnappten, (heredipetas.) Diese Leute bedienten sich unter andern Kunstgriffen auch dieses, daß sie einen unter der Bedingung zum Erben ernennten, oder ihm ein Vermächtniß hinterliessen, wenn er sie auch einsetzen, oder ihnen auch etwas vermachen, und den Inhalt seines Testaments öffentlich bekannt machen würde. Ließ sich der andere dadurch zu einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß bereden: so änderte der Erbschleicher sein Testament, oder stand dem andern nach dem Leben. Deswegen wurden die captatoriae dispositiones sowohl Erbeseinsetzungen, als Vermächtnisse für nichtig erklärt, das heist, weder die Disposition des Erbschleichers, noch die von ihm erschlichene Disposition des andern war gültig. (* 1) Uebrigens ist die ganze Lehre von den captatorischen Dispositionen voll Zweifel und Dunkelheit. (* 2)

Eben so wenig ist der Begriff eines legati poenae nomine relicti ausgemacht. Die meiste sagen: legatum poenae nomine relictum ist ein Vermächtniß, das in der Absicht die Erben zu zwingen hinterlassen wird. Wenn ich nemlich dem Erben etwas zu thun befehle, das er ungern thut, und ihm daher auf den Fall, daß er es nicht thun werde, ein Vermächtniß zu geben auflege; oder wenn ich ihm etwas verbiete, was er gern thäte, und auf den Fall, daß er gegen mein Verbot handeln wird, mit einem Legat beschwere: so habe ich in beyden Fällen ein legatum poenae nomine hinterlassen. Ich weiß z. E. daß mein Erbe eine Abneigung gegen den ordentlichen Ehestand hat, befehle ihm daher, daß er heyrathen, und im Fall er es unterlassen wird, 1000 Rthlr. an das Spinnhaus, und eben so viel an das Findelhaus zahlen solle. Nach den alten römischen Gesetzen waren diese Vermächtnisse sehr verhaßt, und ungültig. Nicht einmal bey Soldaten galten sie, und selbst der Landesherr nahm ein legatum poenae nomine relictum nicht an. Die Ursache lag, wie man

sagt, darin, weil es widersinnig schien, ein Vermächtniß, dessen Quelle Achtung und Liebe gegen den Legatar seyn sollte, blos zur Strafe für den Erben zu hinterlassen. Daß dieser Grund äusserst lahm ist, sieht man ohne mein Erinnern. Etwas befriedigender ist folgende Raison: das legatum poenae nomine werde der Willkühr des Erben überlassen, (conferri in arbitrium heredis;) dieß dürfe aber bey letzten Willenserklärungen nicht geschehen. L. 43. §. pen. D. de legat. I. (* 3) Justinian änderte das alte Recht, und verordnete, daß man distinguiren sollte: entweder ist dem Erben etwas unmögliches, (physisch oder moralisches,) befohlen, und im Unterlassungsfall das Legat auferlegt; oder nicht. Im ersten Falle ist es ungültig, im letzten aber gilt es. Wenn es also im Testament hiesse: mein Erbe soll den A. gelegentlich ausprügeln, oder zur Strafe 100 Rthlr. an das Waysenhaus erlegen: so ist der Erbe weder zu der Ausprügelung, noch zu der Bezahlung des Vermächtnisses verbunden. Denn es wäre unrecht, wenn jemand dafür Strafe leiden sollte, daß er etwas verbotenes unterlassen hat. Hingegen in dem vorhin gegebenen Exempel muß der Erbe entweder heyrathen, oder die auferlegten Vermächtnisse bezahlen. Bynkershök behauptet zwar in der angeführten Abhandlung, Justinian habe nichts neues verordnet; den Namen legatum poenae nomine relictum habe man zur Zeit des alten Rechtes nur alsdenn gebraucht, wenn der Testator dem Erben etwas strafbares befohlen, und im Unterlassungsfall ein legatum aufgegeben habe; Tribonian habe das alte Recht nicht verstanden. Allein seine Gründe sind sehr seicht, wie Gundling, (* 4) Otto und Becmann an den a. O. zeigen.

(1) *Bynkershoek* de captatoriis institutionibus, cap. 10. in opusc. Halens. Vol. 2. pag. 254. sqq.

(2) Was ist aber heutiges Tags bey den captatorischen Dispositionen Rechtens? Daß sie gültig seyn, behaupten *Thomasius* in diss. de captatoriis institutionibus §. 41. in collect. diss. Tom. 2. num. 32. *Leyser* spec. 376. med. 10. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obs. 22. Hingegen streitet für den Gebrauch des römischen Rechts von Cramer in Wezl. Nebenst. 12. Theil. 60. u. f. S.

(3) *Theoph.* et *Vinn.* ad §. 36. I. h. t.

(4) *Gundling* diss. de principe herede ex testamento civium, cap. 6. §. 32. in exercitat. academ. pag. 476.

§. 580. Vom iure accrescendi.

Was das ius accrescendi bey Erbschaften sey, haben wir oben (§. 494.) gehört. Dieses Recht hat aber auch bey Vermächtnissen statt. Hier ist es das Recht, die Portion eines wegfallenden collegatarii coniuncti, die er noch

nicht

nicht acquirirt hatte, zu acquiriren. Wenn es z. E. im Testament heist: meine beyde Vettern A. und B. sollen mein Landgut als ein Vermächtniß haben, und A. geht vor dem B. mit Tode ab: so bekommt B. vermöge des iuris accrescendi das ganze Landgut. Der Grund dieses Rechtes ist der vermuthete Wille des Testators. Man glaubt nemlich, dieser wolle lieber, daß die Portion des collegatarii A. auf den Collegatar B. falle, als daß sie dem Erben verbleibe. Weil aber eine Vermuthung der Gewißheit weichen muß: so kann der Testator das ius accrescendi bey Vermächtnissen verbieten. Bey Erbschaften gründet sich dieses Recht auf die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, und daher kann es der Erblasser nicht verbieten.

§. 581. Erfordernisse desselben.

Wo das ius accrescendi statt finden soll, da wird 1) erfordert, daß legatarii coniuncti da sind; das heist, daß mehreren Personen eine und dieselbe Sache z. E. dasselbe Landgut, dasselbe Haus, und zwar ohne reelle Theilung vermacht ist. Sobald der Erblasser reelle Theile macht: so sind die legatarii nicht coniuncti, und wenn einer von ihnen wegfällt, so fällt sein Theil nicht auf den Collegatar, sondern bleibt dem Erben. 2) Daß einer von den collegatariis wegfalle. 3) Daß dieser seine Portion noch nicht acquirirt habe. Denn ist dieß geschehen: so transferirt er sie auf seine Erben, und der Collegatar bekommt nichts. Ich habe noch dreyerley anzumerken. 1) Reelle Theile hat der Testator gemacht, wenn er die legirte Sache dergestalt unter die Collegatarien vertheilt, daß jeder seinen Antheil, ohne weitere Abtheilung sogleich zu sich nehmen kann. Z. E. wenn der Testator sagt: A. und B. sollen mein Haus haben, A. das fordere, B. das Hinterhaus. Intellectuelle Theile heben die Conjunction der Legatarien nicht auf; z. E. wenn es heist, A. und B. sollen meinen Garten haben, und zwar A. ein Drittel, B. zwey Drittel. (*1) 2) Ein Legatar fällt weg, (deficit,) wenn er seine Portion nicht haben will, oder nicht haben kann. Dahin gehört: wenn er schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht mehr gelebt hat; wenn er das Legat ausschlägt, wenn er vor dem Testator stirbt, wenn er seine Erbfähigkeit verliehrt. 3) Wenn ein erbfähiger Legatar den Testator nur einen Augenblick überlebt: so bekommt der Collegatar nichts. Denn der Verstorbene hat seine Portion acquirirt gehabt, und hinterläßt sie nun seinen Erben.

(1) Dieß ist zwar nach dem römischen Recht sehr zweifelhaft. *Cocceji* iur. controv. tit. de legat. Sect. de iure accrescend. Qu. 4. *Bach.* diss. de iure accrescendi, §. 14. in opusc. p. 355. Allein in der Praxis ist es angenommen. *Bach.* l. c. §. 18. ibique alleg.

§. 583. Zwey Fragen von den Legaten.

Noch zwey Fragen sind bey den Vermächtnissen zu beantworten: 1) von welcher Zeit an kann man behaupten: dies legati cedit et venit? 2) Von welcher Zeit an wird der Legatar Eigenthümer der legirten Sache? Ehe ich diese Fragen beantworten kann, muß ich erklären, was das heisse, dies legati cedit, dies legati venit. Dies cessit heist die Zeit ist gekommen, da der Legatar ein Recht auf das Legat erhält: so, daß er es auf seine Erben transmittiren kann. Dies venit heist die Zeit ist da, wo er dieß Recht auch ausüben kann, befugt ist, das legatum vom Erben zu fordern; kurz, der Zahlungstermin ist erschienen. Zuweilen hat der Legatar schon ein Recht auf das legatum, und doch kann er die Auslieferung, die Auszahlung vom Erben noch nicht fordern. Z. E. wenn mir 1000 Rthlr. dergestalt vermacht werden, daß ich sie erst zwey Jahre nach des Testators Tode ausgezahlt bekommen soll: so habe ich zwar gleich nach dessen Absterben ein Recht auf diese Summe, (dies cedit statim;) aber erst nach zwey Jahren kann ich dieses Recht ausüben, äussert es seine volle Wirkungen, kann ich den Erben auf die Auszahlung des Legats belangen. (dies venit.)

§. 584. Quando dies cedat et veniat?

Wenn die Frage ist: quando dies legati cedat aut veniat? So sind folgende Sätze zu bemerken: 1) Wenn ein Vermächtniß ohne Bedingung hinterlassen ist, und sogleich ausgeliefert werden soll: so geht es entweder auf die Erben des Legatars über, oder nicht. Im ersten Fall ist die Regel, dies cedit a tempore mortis testatoris, im letzten aber: dies cedit ab adita hereditate. Es giebt nemlich persönliche Rechte, die nur lebenslang dauern, dergleichen sind z. E. die persönlichen Servituten, ususfructus, usus, habitatio. Wenn ich diese einem vermache: so fängt sein Recht erst an, (dies cedit,) wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Wenn ich einem hingegen das Eigenthum einer Sache pure vermache: so bekommt er von dem Augenblicke meines Todes an ein Recht auf die Sache, denn das Eigenthum geht auf die Erben. Der Grund dieser Verschiedenheit ist nicht mit Gewißheit anzugeben. Gemeiniglich sagt man: wenn ein Legat auf die Erben gehet, so geben die Gesetze dem Legatar bald möglichst ein Recht, damit wenn er kurz nach dem Testator stirbt, das Legat doch auf seine Erben falle. Wenn aber das Vermächtniß seiner Natur nach nicht auf die Erben kommen kann: so haben die Gesetzgeber geglaubt, man habe nicht Ursache mit der cessione diei so sehr zu eilen. (*1) Die Auslieferung des Vermächtnisses kann der Legatar verlangen, (dies venit) sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, ausgenommen, wenn es

ein

ein legatum modale ist. Denn in diesem Falle ist der Erbe nicht eher schuldig es auszuliefern, als bis der Legatar den modum erfüllt, oder Caution gestellt hat.

2) Wenn dem Legat eine Bedingung beygefügt ist: so bekommt der Legatar nicht eher ein Recht, noch weniger kann er die Auslieferung des Legats verlangen, als bis die Bedingung erfüllt ist.

3) Ist etwas eine bestimmte Zeitlang vermacht, z. E. es heist, A. soll, so lange er keine Versorgung hat, jährlich von meinem Erben 500 Rthlr. ausgezahlt bekommen: so ist eben das Rechtens, was bey dem legato puro gilt. (Num. 1.)

4) Ist das Legat von einer gewissen Zeit an verlassen, z. E. A. soll 1000 Rthlr. haben, aber nicht eher als 3 Jahre nach meinem Tode: so ist die Regel: dies cedit ut in legatis puris; (Num. 1.) venit autem tempore lapso; das heist der Legatar bekommt sogleich ein Recht auf die 1000 Rthlr. aber erst, wenn die drey Jahre verflossen sind, kann er die Auszahlung fordern.

5) Wenn die dem Vermächtniß beygefügte Zeit völlig ungewiß ist, oder man wenigstens nicht weiß, ob sie kommen wird (§. 491.) so ist sie als eine Bedingung anzusehen. (Num. 2.)

6) Ist es aber gewiß, daß der Tag kommen wird, und ungewiß, wann er kommen wird; z. E. ich vermache einem etwas, daß er es an einem Todestag bekommen soll: so muß man folgendergestalt distinguiren: entweder bezieht sich der Todestag auf den Legatar selbst; z. E. ich vermache dem A. 1000 Rthlr. auf den Tag da er sterben wird; oder auf einen dritten; z. E. ich vermache dem A. 1000 Rthlr. an dem Tage da meine Wittwe sterben wird. Im ersten Fall ist der Tag, als ein gänzlich gewisser zu betrachten; der Legatar bekommt sogleich ein Recht auf das Legat, (dies statim cedit.) Im letzten aber ist er als ein völlig ungewisser Tag, als eine Bedingung anzusehen. Denn ob es gleich gewiß ist, daß meine Wittwe sterben wird: so ist es doch zweifelhaft, ob A. diesen Todestag erleben werde. Will aber A. das Legat haben: so muß er den Tod der Wittwe erleben, also dependiret das Vermächtniß von einer künftigen ungewissen Begebenheit, folglich ist es bedingt (conditionatum.) Man sehe die 38. Tabelle.

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 3. cap. 2. p. 382.

§. 584. Von welcher Zeit an wird der Legatar Eigenthumsherr.

Wenn die Frage entsteht, von welcher Zeit an der Legatar Eigenthümer der legirten Sache werde; so sind folgende Sätze zu behalten: 1) so lange dies

legatii

legati noch nicht cedirt ist, hat auch der Legatar kein Eigenthumsrecht auf das Legat. 2) Ist aber die cessio diei geschehen: so ist entweder ein genus vermacht, oder eine species, (ein individuum.) Im ersten Falle wird der Legatar Eigenthümer, wenn ihm der Erbe ein unter das genus legatum gehöriges individuum übergiebt. Im letzten Fall ist die species entweder dem Testator eigen, oder nicht. Vermacht mir einer eine Sache, die nicht sein eigen ist: so muß sie der Erbe wo möglich kaufen, und mir übergeben. Sobald er dies thut, und eher nicht, bin ich Eigenthümer.

Wenn mir aber jemand etwas vermacht, das sein eigen ist: so muß man ein dreyfaches Eigenthum unterscheiden: 1) fictum, 2) verum resolubile, 3) verum irresolubile. Sobald der Testator die Augen schließt, ist auch der Legatar vermöge einer Rechtsfiction Eigenthümer; aber nur in soweit, daß er das Legat auf seine Erben transmittiren kann. Wirklicher Eigenthümer ist er nicht. Denn er kann das Legat nicht vom Erben fordern, ehe dieser die Erbschaft angetreten hat, und wenn dieser repudiirt, so geht das Legat gänzlich zu Grunde. Das wahre Eigenthum fängt also erst mit der Erbschaftsantretung an. Nun kann der Legatar sagen, daß die legirte Sache sein sey und bleibe. Allein er ist auch befugt, das Legat zu repudiiren, und wenn er dieß thut: so ist es, als ob er nie Eigenthümer gewesen wäre, sein Eigenthum ist also noch auflößlich. Erst alsdenn, wenn er erklärt, daß er das Legat annehme, fängt sein unauflößliches Eigenthum (dominium irresolubile) an.

§. 585. Klagen des Legatars.

Wenn die Frage ist, was der Legatar für eine Klage anstelle: so ist entweder die Rede von einer körperlichen, oder von einer unkörperlichen Sache. Im ersten Fall kommen dem Legatar drey Klagen zu: 1) *rei vindicatio.* Sie setzt voraus, daß der Testator eine ihm eigene Sache legirt hat, und daß das Eigenthum auf den Legatar übergegangen ist. 2) Actio personalis ex testamento. Wer eine Erbschaft antritt, macht sich stillschweigend verbindlich, (quasi contrahit,) daß er alles, was im Testament verordnet ist, erfüllen wolle. Daher kann er von den legatariis aus dem Testament belangt werden. 3) Die legatarii und fideicommissarii haben ein gesetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des Erblassers; vermöge dieses können sie jeden, der etwas aus der Erbschaft besitzt, actione hypothecaria belangen. Verschiedene Anmerkungen über dieses stillschweigende Pfandrecht werden unten §. 719. vorkommen. S. die 39. Tabelle.

Ist

Ist hingegen eine unkörperliche Sache legirt: so ist sie entweder physisch oder moralisch unkörperlich. (§. 564.) Im ersten Fall hat actio ex testamento statt; z. E. wenn ich einem 2000 Rthlr. wenn ich einem eine goldne Taschenuhr (in genere) vermache. Im letzten aber wird die Klage angestellt, die aus dem legirten Recht entspringt; z. E. wenn mir jemand eine Servitut vermacht, so stelle ich actionem confessoriam an; wird mir eine Forderung vermacht, die aus einem Darlehn entstand, so kommt mir condictio ex mutuo zu. Siehe die hieher gehörige 39. Tabelle.

TIT. XXI.

De ademtione legatorum.

§. 586. Uebergang zu dieser Lehre.

Dieser Titel handelt von den verschiedenen Arten der ungültigen Vermächtnisse. Die ungültigen legata sind entweder *nulla*; oder *pro* non *scriptis habita*; oder *ereptitia*; oder *exstincta*. Wir wollen jede Gattung betrachten. Mit den ademtis hat es folgende Bewandniß. Die legata und fideicommissa werden in einem letzten Willen hinterlassen; ein letzter Wille ist widerruflich. Daher kann man ein Vermächtniß, eben so wie eine testamentarische Erbeseinsetzung nach Gefallen widerrufen. Eine solche Widerrufung heist *ademtio legati* überhaupt. Sie ist entweder *ademtio stricte sic dicta*, oder *translatio*. Jene ist vorhanden, wenn ich ein Vermächtniß widerrufe, ohne ein anders an dessen Stelle zu setzen; diese aber, wenn ich an die Stelle des ersten Vermächtnisses ein anderes setze, kurz, wenn ich etwas an dem Legat ändere. Man sehe die 40. Tabelle.

§. 487. Was ist die ademtio legati?

Die *ademtio legati* in strengem Verstande ist eine Erklärung, daß das vorher von mir gestiftete Vermächtniß nicht gelten solle. Sie ist, wenn man auf ihre Wirkung sieht, entweder eine solche, welche Kraft Rechtens, (ipso iure,) oder durch Hülfe einer Exception (ope exceptionis) geschieht. Wenn ich nemlich ein Vermächtniß auf solche Art widerrufe, daß es selbst nach

dem strengen Recht nicht mehr gilt: so heist es ipso iure ademtum. Wenn es aber nach dem strengen Recht gültig bleibt, und gleichwohl der Legatar, der es fordert, mit einer Exception abgewiesen werden kann: so heist es ope exceptionis ademtum. Ein Unterschied, der nach dem neuen römischen Recht keinen practischen Nutzen mehr hat.

§. 588. Von der ademtione ipso iure.

Die ademtio ipso iure geschieht entweder mit **Worten**, oder mit **Handlungen**. Mit Worten, wenn ich im Testament oder in Codicillen erkläre, daß einer das, was ich ihm zuvor vermacht habe, nicht haben solle. Mit Handlungen; dergleichen sind a) wenn ich die Stelle im Testament, oder in den Codicillen, die das Vermächtniß enthält, durchstreiche. b) Wenn ich die legirte Sache verderbe; z. E. das legirte Porcellan zerbreche; ferner c) wenn ich sie in eine andere Gestalt bringe, und zwar so, daß man ihr die vorige Gestalt nicht wieder geben kann; z. E. wenn ich einem Bauholz vermacht habe, und Bretter daraus schneiden lasse; denn wenn ich die Sache verändere, sie aber doch wieder in ihre vorige Form gebracht werden kann: so ist das Legat nicht aufgehoben, z. E. wenn ich aus dem legirten silbernen Teller Löffel machen lasse. b) Wenn ich sie ohne Noth verkaufe, vertausche, oder wenn ich sie verschenke; e) wenn ich die legirte Schuldforderung ohne Noth eintreibe und d. gl.

§. 589. Von der ademtione ope exceptionis.

Ope exceptionis ist das Legat aufgehoben: a) wenn eine Todfeindschaft zwischen dem Testator und Legatar entsteht, und vor des Testators Absterben keine Aussöhnung erfolgt. (*1) Nicht jeder kleiner Zwist ist also dazu hinreichend, sondern nur eine heftige Feindschaft. b) Wenn der Testator vor zwey Zeugen oder in einem Zettel erklärt, daß das Vermächtniß nicht gelten solle. Viele Juristen (*2) zweifeln zwar an diesem letzten Satz, und glauben, ein Legat könne nur vor fünf Zeugen widerrufen werden. Allein die angeführten Schriftsteller nebst andern (*3) haben unsere Meynung erwiesen. Die Gesetze erfordern jene Solennität nirgends.

(1) *Pufendorf* Tom. 1. obs. 39.

(2) Z. E. *Lauterb.* coll. th. pr. h. t. §. 5. *Berger* oec. iur. pag. 305.

(3) *Harpprecht* ad §. 1. I. h. t. *Stryk* caut. test. cap. 23. §. 30. *Cocceji* iur. contr. h. t. Qu. 1. *Wernher* P. 1. obs. 300. Cramers Nebenst. 44. Th. 99. S.

§. 590.

§. 590. Von der Translation.

Die Translation eines Vermächtnisses kann auf vielerley Art geschehen, 1) wenn die Person des Legatars geändert wird; z. E. es heist: ich habe zwar in meinem Testament dem A. mein Landgut vermacht, nehme aber jezt aus bewegenden Ursachen dieses Vermächtniß zurück, und will, daß nicht A. sondern B. das Landgut haben soll. 2) Wenn ich die Person des Erben ändere, d. i. wenn ich einem andern Miterben die Auszahlung des Vermächtnisses auflege; z. E. ich sage: in meinem Testament habe ich meinem Erben A. anbefohlen, den Armen 1000 Rthlr. auszuzahlen; aber ich ändere diese Disposition jezt dahin, daß nicht A. sondern B. dieses Vermächtniß bezahlen soll. 3) Wenn der Gegenstand des Vermächtnisses geändert wird; z. E. ich habe zwar dem A. meine sämmtlichen Mobilien vermacht, weil ihm aber der Transport zu viel kosten würde: so will ich ihm statt derselben 2000 Rthlr. vermachen. 4) Wenn die Form des Vermächtnisses eine Aenderung leidet. Ich hatte einem etwas pure vermacht, nun vermache ich es bedingungsweise, oder umgekehrt. Ich hatte einem 1000 Rthlr. dergestalt vermacht, daß er sie erst 3. Jahre nach meinem Tode ausgezahlt bekommen sollte, nun verordne ich, daß er sie sogleich haben soll, u. s. w.

Wenn ich ein Legat von einem Legatar auf den andern transferiren will: so ist es nicht genug, daß ich sage, der andere soll es haben; sondern ich muß auch zugleich zu erkennen geben, daß es der erste nicht haben solle. Z. E. wenn ich in der ersten Disposition dem A. mein Haus vermacht habe, und in der zweyten Disposition blos sage: B. soll mein Haus haben: so ist dadurch das Haus dem A. nicht benommen, sondern er und B. werden als legatarii coniuncti angesehen. (§. 581.) Will ich also, daß A. das Haus nicht, sondern daß es B. allein haben soll: so muß ich sagen: das Haus, welches ich in meiner vorigen Disposition dem A. vermacht habe, vermache ich jezt dem B. oder (weil auch diese Worte verschiedenen Juristen zweifelhaft scheinen) noch besser: A. soll das Haus, das ich ihm vermacht habe, nicht bekommen, sondern es soll dem B. vermacht seyn.

§. 591. Was dazu erforderlich ist.

Wer ein Legat transferiret, der hebt das erste Vermächtniß auf, und setzt zugleich an dessen Stelle ein neues. Daraus folgt: daß die Translation eines Vermächtnisses eben so geschehen muß, wie die Errichtung eines ganz neuen Legats; das heist entweder a) im Testament oder b) in einem Codicill oder

c) durch einen dem Erben mündlich ertheilten Befehl. Wenn ich ein Legat transferiren will, aber diese Erfordernisse nicht beobachte: so gilt meine Erklärung zwar als Ademtion, aber nicht als Translation. Z. E. in einem Testament hatte ich dem A. meinen Garten vermacht. Nun erkläre ich vor zwey Zeugen, A. soll meinen Garten nicht haben, ich will ihn vielmehr dem B. vermachen. Was ist Rechtens? Weder A. noch B. bekommen den Garten. Meine Erklärung gilt als Ademtion. Denn diese kann vor zwey Zeugen geschehen; aber als Translation ist sie ungültig, weil sie nicht auf die bey der Translation erforderliche Art geschehen ist; (recte ademtum est legatum, sed non recte translatum.)

§. 592. 593. Von legatis exstinctis nullis, pro non scriptis habitis und ereptitiis.

Wir gehen zu den legatis *exstinctis*. Man versteht darunter Legate, die von Anfang gültig sind; hernach aber durch einen Zufall zu Grunde gehen. Dergleichen sind 1) wenn der Legatar vor dem Testator stirbt, und keinen collegatarium coniunctum hat. Denn ist ein solcher vorhanden, so fällt das legatum auf ihn ex iure accrescendi; es wird also nicht erstinguirt. 2) Wenn der Legatar die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt. 3) Wenn ich einem eine Sache vermache, die nicht mein gehört, und er sie noch vor meinem Tode umsonst acquirirt. 4) Wenn die legirte Sache ohne Schuld des Erben zu Grunde geht. 5) Wenn die Condition des Vermächtnisses nicht zur Erfüllung kommt.

Die legata sind nulla, wenn die Disposition, worin sie enthalten sind, ungültig ist; also wenn das Testament nullum, oder ruptum, oder irritum, oder destitutum ist; wenn das Codicill, worin das Legat verordnet ist, nicht gilt, u. s. w.

Pro non scriptis habita legata sind Vermächtnisse, die in einer gültigen Disposition enthalten, und doch gleich von Anfang ungültig sind. Dahin gehört 1) wenn ich mein Testament durch Jemand anders aufsetzen oder abschreiben lasse, ihm ein Legat hinterlasse, er also die ihn betreffende Stelle selbst niedergeschrieben hat. Ein solches Vermächtniß ist ungültig, wofern nicht der Testator mit eigner Hand dabey anmerkt, daß es auf sein Verlangen niedergeschrieben sey. 2) Wenn einem Menschen ein Legat hinterlassen wird, welcher unfähig ist, dergleichen zu bekommen. 3) Wenn der Legatar zur Zeit, da das Vermächtniß errichtet wird, schon mit Tode abgegangen ist. 4) Wenn das Vermächtniß so dunkel ist, daß es schlechterdings nicht zu erklären steht.

Endlich

Endlich *legata ereptitia* sind die, welche der Fiscus oder jemand anders dem Legatar wegen seiner Unwürdigkeit wegnimmt. Die Handlungen, welche den Legatar unwürdig machen, werden in dem Titel der Pandecten de his quae ut indign. beschrieben.

TIT. XXII.

De lege Falcidia.

§. 594. 595. Geschichte des Gesetzes.

Die Gesetze der 12. Tafeln verordneten: pater familias uti legassit super familia, ita ius esto. Nach dieser Verordnung hatte also ein Testator das Recht, so viele Vermächtnisse zu machen, als er wollte. Dieses Recht wurde zuweilen mißbraucht. Manche Testatoren machten so viele Legate, daß dem Erben wenig oder nichts übrig blieb; die Erben schlugen also die Erbschaften, bey denen sie keinen oder einen nur sehr geringen Profit hatten, aus, und manche Testamente wurden deswegen destituirt. Diesem abzuhelfen, wurden verschiedene Gesetze gemacht. Zuerst verordnete Lex Furia, man sollte niemanden (ausser den Verwandten und gewissen andern bestimmten Personen) mehr als 1000 asses vermachen können. Dieses Gesetz erreichte aber die erwünschte Absicht nicht. Denn die Testatoren machten nun gar keine Vermächtnisse, deren Eins über 1000 asses betrug; aber sie hinterliessen deren so viele, daß dennoch dem Erben nichts übrig blieb.

Voconius Saxa gab daher ein zweytes Gesetz: kein römischer Bürger, kein census, wie es im Gesetz heist, (*1) sollte einem mehr vermachen, als er dem Erben übrig liesse. Wenn z. E. der Erbe nach Abzug aller Vermächtnisse 1000 Rthlr. übrig behielt: so durfte sich kein Vermächtniß über 1000 Rthlr. erstrecken. Allein auch dieses Gesetz hatte die gehoffte Wirkung nicht. Denn wenn jemand sehr viele kleine Legate hinterließ: so konnte es geschehen, daß dem Erben eine unbedeutende Kleinigkeit übrig blieb, obgleich kein Legatar mehr als der Erbe bekam. Auch schicanirte man mit dem Wort census, das im Gesetz stand. Ein Bürger, der sich nicht hatte schätzen lassen, (qui non census erat,) glaubte nicht an die legem Voconiam gebunden zu seyn. (*2) Und der Bürger, welche nicht geschätzt waren, gab es nicht wenige, weil der census nicht ordentlich alle fünf Jahr gehalten wurde.

Endlich veranlaßte der Tribunus Plebis P. Falcidius ein Gesetz, welches passender und wirksamer war; das Gesetz: Niemand sollte mehr als drey Viertel der Erbschaft zu Vermächtnissen aussetzen; dem Erben sollte allezeit eine Quart des Vermögens übrig gelassen werden, und wenn er so viel nicht übrig behalte, sollte er befugt seyn, den Legatarien einen Abzug zu machen. Diese Verordnung heist *lex Falcidia*, und die dem Erben darin versicherte Quart: *quarta Falcidia*. (*4)

(1) *Perizonius* ad L. Vocon. p. 118. sqq. edit. *Heinecc.* de ann. 1722. *Wieling* lect. iur. civ. lib. 2. cap. 20.

(2) *Bach.* Diss. de his quae imputantur in quartam falcidiam. §. 2. opusc. pag. 435.

(3) Eine Vermuthung über die nächste Veranlassung dieses Gesetzes hat *Io. Wilh. Hoffmann* in histor. triumuirat. §. 15.

(4) Von dem Falcidischen Gesetz handelt weitläuftig *Athanas. Oteyza* et *Olano* in paralipom. iur. civ. lib. 4. cap. 1. sqq. in *Meermann* thesaur. Tom. 1. p. 533. sqq.

§. 596. Grundsätze desselben.

Das Falcidische Gesetz also hat zwey Theile. Der erste ist: dem Erben soll allezeit ein Viertel der Erbschaft übrig bleiben; dieses Viertel soll der Testator nicht mit Legaten beschweren. Der zweyte: handelt ein Testator dagegen, und macht so viele Legate, daß dem Erben ein Viertel der ganzen Verlassenschaft nicht übrig ist: so kann der Erbe jedem Legatar etwas, und allen zusammen so viel abkürzen, daß ihm die Quart übrig bleibe. Z. E.

Das Vermögen ist : : : : :	12000 Fl.
Mithin kann der Testator vermachen : :	9000
Und muß dem Erben lassen : : : :	3000
Dem A. sind aber vermacht : : : :	6000
Dem B. : : : : : : :	3000
Dem C. : : : : : : :	1000
Summe der Vermächtnisse	10000
Dem Erben bleiben also nur übrig : :	2000
Und es sollten ihm übrig bleiben : : :	3000

Er kann folglich jedem Legatar etwas abziehen. Aber wie viel? Man rechne also: allen Vermächtnissen, welche 10000 fl. betragen, werden abgezogen

zogen 1000. wie viel kann also von den legirten 6000. wie viel von den 3000. wie viel von den 1000 abgezogen werden? Oder:

10000 :	9000	=	6000 :	5400.
10000 :	9000	=	3000 :	2700.
10000 :	9000	=	1000 :	900.
			Summe	9000.

§. 597. Wer zieht die Falcidische Quart ab?

Die Falcidische Quart wird vom Erben gezogen, wenn er mit übermässigen Legaten beschwert ist. Nach dem Falcidischen Gesetz soll nur ein Testamentserbe dieses Recht haben; K. Antonius Pius aber gab es auch den Intestaterben, welche in Codicillen mit Vermächtnissen beladen sind. 1) Sind mehrere Erben vorhanden: so ist es nicht genug, daß sie alle zusammen die Quart frey haben, sondern jeder insbesondere kann sie verlangen. Z. E. Die Miterben sind A. B. C.

Das Vermögen ist	12000	Rthlr.
Drey Quart des ganzen betragen also	9000	:
Und ein Viertel	3000	:
A. soll an Vermächtnissen zahlen	3500	
B. soll bezahlen	2000	
Und C.	1500	
Summe aller Vermächtnisse	7000	Rthlr.
Nach deren Abzug bleiben übrig	5000	:

Die Summe der Vermächtnisse beträgt also keine drey Quart des ganzen, und man könnte daraus schliessen, daß in dem gegebenen Falle keine quarta Falcidia abgezogen werden könnte. Allein das Falcidische Gesetz will, daß jeder Miterbe die Quart übrig behalten soll. Nun haben zwar B. und C. mehr als die Quart übrig. Denn

B. erbt	4000
Seine Quart also, die ihm übrig bleiben muß, ist	1000
Er soll aber an Legaten nur zahlen	2000
Folglich behält er übrig	2000

Und

C. erbt : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben muß, ist :	1000
Er zahlt an Legaten nur : : : :	1500
Behält also übrig : : : : :	2500

Hingegen

A. erbt : : : : : : :	4000
Die Quart, die ihm übrig bleiben sollte, ist :	1000
Er soll aber an Legaten zahlen : : :	3500
Behält also nur übrig : : : : :	500

Folglich kann A. allerdings die Falcidische Quart seinen legatariis abziehen. (* 1) 2) Wenn einem legatario oder fideicommissario Vermächtnisse auferlegt sind: so kann er keine Falcidische Quart abziehen. Z. E. es heist: A. soll mein Haus als ein Vermächtniß haben; er soll aber dem B. 3500 Rthlr. bezahlen. Der Werth des Hauses aber ist nur 4000. A. behält also, wenn er dem B. 3500 abgiebt, die Quart des Werthes nicht übrig. Kann er die Falcidische Quart abziehen? Nein; denn diese Quart ist zu dem Ende eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden mögen. Diese Wirkung aber erfolgt nur, wenn ein Erbe die Erbschaft, nicht wenn ein Legatar das Vermächtniß repudiirt.

(1) *Ioach. Becht.* de *Bernstorf* diss. de ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda, Goett. 1754.

§. 598. Wie wird sie berechnet?

Der Erbe soll die Quart vom Vermögen des Erblassers bekommen. 1) Will man dieses Vermögen bestimmen: so muß man auf die Zeit des Absterbens sehen; wie viel nemlich das Vermögen damals, als der Erblasser starb, betrug. Hat das Vermögen nachher zugenommen: so ist dieß kein Vortheil für die Legatare; sie leiden aber auch keinen Schaden, wenn das Vermögen abnimmt. Z. E.

Zu der Zeit des Absterbens ist das Vermögen :	12000 Rthlr.
Die sämmtlichen Legate betragen : : : : :	10000 :
Also der Erbe hat die Quart nicht frey, er kann den legatariis abziehen : : : :	1000 :

Nach

Nach des Erblassers Tode gewinnt ein von ihm gekauftes Lotterieloos 3000 Rthlr. der Erbe hat also mit diesem Gewinnst 5000 Rthlr. übrig. Kann er den legatariis noch die 1000 Rthlr. abziehen? Ja. Man nehme hingegen an:

Das Vermögen ist	12000 Rthlr.
Die legata betragen	9000 "
Der Erbe hat also die quartam frey, mit	3000 "

und kann den legatariis nichts abziehen.

Nun brennt ein zur Erbschaft gehöriges Wohnhaus ab, dessen Werth 2000 Rthlr. ist.

Das Vermögen ist also jetzt nur	10000 Rthlr.
Die legata betragen	9000 "
Dem Erben bleibt also die Quart nicht, sondern nur	1000 "

Kann er den legatariis etwas abziehen? Nein; er muß den Schaden tragen. 3) Ehe man die quartam falcidiam berechnen kann, muß man abziehen: a) sämmtliche Schulden des Erblassers. Denn Vermögen eines Menschen heist nur das, was er nach Abzug der Schulden hat; (bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.) b) Die Leichenkosten; c) Den Werth der Sklaven, welche der Erblasser im Testament freygelassen hat; das heist diese kommen gar nicht in Anschlag, wenn das Vermögen festgesetzt wird. d) Die Unkosten, welche der Erbe bey Antretung der Erbschaft gehabt hat, z. E. die Kosten der Obsignation, des Inventars, der Taxation u. d. g. Man nehme also an:

Der Erblasser hat hinterlassen	24000 Rthlr.
Seine Schulden betragen	7500 "
Die Leichenkosten	300 "
Kosten der Obsignation, des Inventars ꝛc.	600 "
Summa der abzuziehenden Posten	8400 "
Bleibt also wirkliches Vermögen	12000 Rthlr.

Von diesen 12000 Rthlr. gebührt dem Erben die quarta Falcidia. 4) Wenn man dem Erben diese Quart berechnen will: so darf man ihm nur das ansetzen, was er als Erbe bekommt, nicht aber, was er noch ausserdem z. E. als ein praelegatum erhielt. A. und B. sind Erben. Das Vermögen besteht in einem Hause, das 2000 Rthlr. werth ist, und 8000 Rthlr baar. Jeder Miterbe bekommt also 4000 Rthlr. A. aber soll das Haus als ein Prälegat haben. Rechnet man dieses mit an,

So bekommt A. baar	: : : :	4000
Den Werth des Hauses	: : : :	2000
	In Summe	6000
Er soll an Legaten zahlen	: : : :	3500
Behält also mehr als die Quart übrig	: :	2500

und kann folglich seinen legatariis nichts abziehen. Allein die Gesetze wollen, daß man das Prälegat nicht mit ansetze, sondern also rechne:

A. bekommt	: : : : : :	4000 Rthlr.
Soll an Legaten zahlen	: : : :	3500 :
Behält also nicht die Quart, sondern nur	:	500 :

Bey Universalfideicommissen, wo die quarta Trebellianica abgezogen wird, hat die erste Rechnungsart statt. Da wird nämlich dem Erben alles angerechnet, was er vom Erblasser erhalten hat. (§. 614.) Die Ursache dieser Verschiedenheit weiß ich nicht anzugeben. Contius (*1) untersucht sie, aber er sagt nichts befriedigendes.

(1) Lib. 2. lection. cap. 5. in opp. pag. 83.

§. 599. Wem wird sie abgezogen?

Die Falcidische Quart wird 1) den legatariis abgezogen, und weil 2) die fideicommissa particularia oder singularia den legatis in allen Stücken gleichgesetzt worden sind: so müssen sich auch diese fideicommissarii die quartam abziehen lassen. 3) Auch die donatarii mortis causa leiden einen Abzug, die donatarii inter vivos hingegen nicht. Wenn mir der Erblasser bey seinen Lebzeiten etwas unwiderruflich geschenkt hat: so kann mir der Erbe aus dem Grunde, daß er die quartam nicht frey habe, nichts abfordern. Nur in dem einzigen Fall, wenn ein Ehegatte dem andern etwas inter vivos schenkt, und mit Tode abgeht: so muß sich coniux donatarius die quartam Falcidiam abziehen lassen. Denn die Schenkungen unter den Ehegatten sind nicht eher gültig, als bis sie durch den Tod des Schenkenden bestätigt sind. Sie haben also eine Aehnlichkeit mit Vermächtnissen und donationibus mortis causa. Aus diesem Grunde hat man sie dem Falcidischen Gesetz, so gut wie jene, unterworfen.

TIT. XXIII.

De fideicommiſſariis hereditatibus et ad SCtum Trebellianum.

§. 600. 601. Uebergang zu dieſer Lehre. Gattungen det Fideicommiſſe.

Was ein Fideicommiß iſt, und wie es ſich von der heredis inſtitutione directa, und dem Legat unterſcheide, haben wir oben ſchon gehört. Wir wiſſen auch, daß die fideicommiſſa entweder univerſalia, oder particularia ſive ſingularia, und worin beyde unterſchieden ſind. Der gegenwärtige Titel handelt von den Univerſalfideicommiſſen. Man verſteht darunter, wie wir wiſſen, eine Diſpoſition, worin der Erbe gebeten wird, die Erbſchaft ganz oder zum Theil wieder einem andern Erben abzutreten. Alſo dieſes Fideicommiß erfordert 1) daß ich einen Erben habe, 2) daß ich demſelben auflege, die Erbſchaft ganz oder zum Theil zu reſtituiren, und zwar 3) durch eine Bitte, (verbis precativis;) 4) daß der, welchem ſie reſtituirt wird, ſie titulo univerſali bekomme. Nemlich bey einem jeden Univerſalfideicommiß iſt der, welchem die Erbſchaft ganz oder zum Theil abgetreten werden ſoll, ein Erbe, *ſucceſſor univerſalis*, (§. 482. §. 552.) Hingegen bey dem fideicommiſſo particulari oder ſingulari iſt der, welcher es erhält, nur ein *ſucceſſor ſingularis*, kein Erbe. Da der Unterſchied zwiſchen einem ſucceſſore univerſali und ſingulari beträchtlich iſt: (§. 552.) ſo ſind auch die Univerſalfideicommiſſe von den ſingularibus oder particularibus ſehr verſchieden.

Noch einige Anmerkungen habe ich zu machen. Die erſte iſt: man wird vielleicht nicht begreifen können, wie die Römer auf die Fideicommiſſe gekommen ſind. Warum ſetzte man einen zum Erben ein, und bat ihn die Erbſchaft wieder abzutreten? Warum bat man einen etwas zu thun, das man ihm befehlen konnte? Ich will zur Beantwortung dieſer Frage den Urſprung der Fideicommiſſe erzählen. 1) Nicht wenige Perſonen waren unfähig zu Erben ernennt, oder mit legatis bedacht zu werden; denen man doch gleichwohl etwas von ſeiner Erbſchaft zuwenden wollte. Z. E. in Rom hielten ſich immer viele Fremde, (Nichtbürger) auf. Dieſe konnten weder zu Erben ernennt, noch mit Vermächtniſſen bedacht werden. (§. 484. §. 558.) Und doch kann man ſich leicht vorſtellen, daß mancher Römer mit einem Fremden Freundſchaft errichtet, und daher gewünſcht haben wird, ihm etwas hinterlaſſen zu dürfen. Man bediente ſich zu dieſem Zweck der Fideicommiſſe; bat nemlich ſeinen Erben an dergleichen

chen Personen etwas abzugeben, weil man es nicht befehlen durfte. (*1) 2) Verschiedene Personen sind nicht befugt, ein Testament zu machen, und legata zu verlassen. (§. 492. u. f. f. §. 557.) Wollte ein solcher Mensch aber doch gern einen letzten Willen errichten: so bediente er sich eines Fideicommisses; er bat seine Intestaterben nach seinem Tode etwas zu thun, zu bezahlen u. s. w. 3) Zuweilen erlaubte die Ehrerbietung gegen den Erben nicht, daß man ihm etwas befahl. Man bat ihn also darum. 4) Ein heres directus konnte nicht ex die certo, auch nicht in diem certum ernennt werden. (§. 491.) Wollte ich also haben, daß mein Erbe die Erbschaft nur eine Zeitlang z. E. nur lebenslang behalten, dieselbe aber nachher einem andern zufallen sollte: so konnte ich dieß nicht befehlsweise verordnen; ich mußte den Erben bitten, die Erbschaft nach Verlauf der bestimmten Zeit abzutreten. (§. 606.)

Zweyte Anmerkung. Die alten Römer gebrauchten bey der directen Erbeseinsetzung solche Worte, die einen Befehl ausdrückten, (verba imperativa.) Bey der fideicommissarischen aber solche, die eine Bitte enthielten, (verba precativa.) Allein in neuern Zeiten wurde dieß nicht mehr beobachtet. Verba imperativa, z. E. iubeo, impero, wurden auch bey Fideicommissen gebraucht; (*2) und so ist es auch heutiges Tages. Bey Fideicommissen sind verba imperativa eben so gewöhnlich und noch gewöhnlicher als precativa.

Dritte Anmerkung. Worin besteht denn die practische Wirkung dieses Unterschiedes zwischen einem herede directo und fideicommissario? Sie ist dreyfach: 1) der heres directus kann die vacante Erbschaft occupiren, der fideicommissarius der Regel nach nicht; er muß warten, bis sie der heres directus antritt, und ihm restituirt. 2) Der heres directus kann nur in einem Testament der fideicommissarius aber auf dreyerley Art ernennt werden. (§. 605.) 3) Der heres directus acquirirt die Erbschaft erst durch die Antretung, bey dem fideicommissario aber ist diese Handlung nicht nothwendig. (*3)

(1) *Heinecc.* ad L. Iul. et. Pap. Popp. lib. 2. cap. 6. §. 1. p. m. 192. lib. 3. cap. 9. §. 7. p. 440.

(2) *Vinn.* ad §. ult. I. de fing. reb. per fid. relict.

(3) L. 46. D. ad SC. Trebell. *Struv.* ex. 36. th. 45. *Bachov.* ad *Treutl.* vol. 2. Disp. 14. th. 8. lit. A.

§. 602.

§. 602. Personen bey den Fideicommissen.

Bey einem Fideicommiß kommen drey Personen vor. 1) Der, welcher seinen Erben bittet, die Erbschaft ganz oder zum Theil abzutreten. Dieser heist *fideicommittens*. 2) Der, welcher zum Erben ernannt, und gebeten wird, sie ganz oder zum Theil wieder abzutreten. Er heist *heres fiduciarius*, weil der fideicommittens das Vertrauen (fiduciam) zu ihm gehabt hat, daß er seine Bitte erfüllen werde. Endlich 3) der, welchem die Erbschaft ganz oder zum Theil abgetreten werden soll, und dieser wird *heres fideicommissarius* genennt. Merkwürdig ist der Satz im Paragraph: heres fiduciarius manet heres etiam facta restitutione. Wenn ich gleich die mir zugefallene Erbschaft an einen fideicommissarischen Erben abgetreten habe: so bin ich doch noch Erbe; höre nicht auf Erbe zu seyn. Die Folgen dieser Regel werden sich §. 609. zeigen.

§. 603. Ausdrückliche und stillschweigende Fideicommisse.

Die Fideicommisse sind entweder ausdrückliche oder stillschweigende. Ausdrückliche heissen, wenn der Testator mit deutlichen Worten seinen Erben ersucht, die Erbschaft ganz, oder zum Theil an einen andern abzutreten; (ut *restituat* hereditatem.) Stillschweigende, wenn der Testator den Fiduciarius um etwas bittet, das eine Abtretung der Erbschaft implicite in sich faßt; z. E. wenn der Testator sagt; ich setze den A zu meinem Erben ein, bitte ihn aber von der Erbschaft nichts zu veräussern, sondern sie seiner Familie zu hinterlassen. Denn dieses Hinterlassen geschieht vermittelst der Abtretung, (mediante restitutione.) Oder ich setze den A zum Erben ein, und ersuche ihn nicht eher ein Testament zu machen, als bis er Kinder gezeugt hat. Denn dieß erklärt man so, als ob ich den A gebeten hätte, im kinderlosen Falle die Erbschaft seinen nächsten Intestaterben zu hinterlassen. Oder: ich ernenne den A zu meinem Erben, und bitte ihn, den B zu seinem Erben einzusetzen. Das heist so viel, als ich will, daß A meine Erbschaft lebenslang geniessen, bey seinem Absterben aber dem B abtreten soll.

§. 604. Wer kann fideicommittiren.

1) In den ältern Zeiten war es, um ein Fideicommiß hinterlassen zu können, nicht nöthig, daß man testiren konnte; sondern gerade die Personen, welche keine Testamentifaction hatten, suchten sich durch Fideicommisse zu helfen. Allein die neueren Gesetze änderten dieß, und verordneten, daß niemand fideicommittiren sollte, der nicht testiren könne. 2) Alle Arten von Erben können mit

Fideicommissen beschwert werden, Testament- und Intestaterben; Civil- und Prätorische Erben; heredes directi und fideicommissarii, das heist ich kann meinem Erben A. befehlen, daß er die Erbschaft an den B. restituire, und dem B. daß er sie dem C. abtrete ꝛc. ꝛc. Justinian schränkt zwar diese Fideicommisse bis auf vier Grade ein. Ich kann sagen:

Erster Grad — A soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft dem B restituiren.
Zweyter Grad — B dem C.
Dritter Grad — C dem D.
Vierter Grad — D dem E.

Weiter kann ich nicht gehen; dem E kann ich die Restitution der Erbschaft nicht injungiren. Allein diese Verordnung wird in Deutschland nicht beobachtet. Die Familienfideicommisse, die bey uns sehr frequent sind, dauern, so lang die Familie existirt. Wenn z. E. der Testator sagt, mein Landgut soll zu ewigen Zeiten als ein Fideicommiß bey meiner Familie bleiben: so behält das Gut die Fideicommißqualität, so lange jemand von der Familie vorhanden ist. (*1) 3) Wer als directer Erbe eingesetzt werden kann, (quocum testamentifactio passiva est,) der kann auch fideicommissarischer Erbe seyn. Nach dem alten römischen Recht war dieß anders. Jemand konnte fideicommissarischer Erbe werden, dem man directe nichts hinterlassen konnte; und eben in dem Falle, wenn man einen directe nicht einsetzen konnte, suchte man ihm die Erbschaft durch ein Fideicommiß zuzuwenden.

(1) *Rittershus.* ad Nov. 159. n. 4. *Fachineus* lib. 4. cap. 10. *Struv.* ex. 36. th. 20. *Knipschild.* de fideicommiss. famil. cap. 9. n. 104. sqq.

§. 605. Wem kann ein Fideicommiß auferlegt werden?

Nicht nur meinem Testamentserben kann ich injungiren, die Erbschaft zu restituiren, sondern auch den Intestaterben. Die Intestaterben müssen sich ein solches Fideicommiß gefallen lassen; da ich befugt bin noch mehr zu thun, nemlich sie ganz von meiner Erbschaft auszuschliessen. Nur in Ansehung des Pflichttheils darf ich niemand mit einem Fideicommiß beschweren. Dieser muß den Personen, welchen er gebührt, ganz frey (sine ullo gravamine) hinterlassen werden. Uebrigens kann ein Fideicommiß auf dreyerley Art constituirt werden: 1) in einem Testament, 2) in Codicillen, 3) durch einen mündlichen Befehl an den directen Erben. Wenn nemlich mein Erbe bey mir ist, und ich ihm mündlich auflege, die Erbschaft ganz oder zum Theil zu restituiren: so ist

dieses

dieses Fideicommiß gültig; gesetzt auch, daß gar keine Zeugen dabey zugegen waren. Dieß ist in der berühmten L. ult. Cod. de fideicommiss. von K. Justinian verordnet worden. (*1) Es ist auch nicht nöthig, wie einige Juristen glauben, daß der Erbe dem Testator verspricht, das Fideicommiß zu prästiren, genug, daß es ihm der Erblasser gesagt hat. (*2)

(1) Ferd. Christoph Harpprecht hat dieses Gesetz in einer eigenen Abhandlung erläutert, die in seinen tractatibus academicis de successionibus vol 1. num. 1. und in seinen dissertat. academ. vol. 2. num. 51. steht. Ich muß bey dieser Gelegenheit anmerken, daß zwar alle Abhandlungen, welche in den tractatibus academ. de successionibus. (Ulm. 1715. 2. Voll. in 4.) stehen, auch in die Sammlung der Dissertationen (Tübingen 1737. 2. voll. groß 4.) aufgenommen sind; daß aber doch die rechtlichen Gutachten, welche jeder Abhandlung in den tractat. academ. beygefügt sind, in der Dissertationensammlung fehlen.

(2) *Harpprecht* l. c. n. 696. sqq. *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 112.

§. 606. Wie kann man es verordnen?

Ein Fideicommiß kann unbedingt, bedingungsweise und von einer gewissen Zeit an hinterlassen werden. Unbedingt: A soll mein Erbe seyn, aber sogleich die halbe Erbschaft an den B restituiren. Bedingungsweise: A soll mein Erbe seyn; wenn er aber keine eheliche Leibeserben hinterläßt: so soll die Erbschaft an B fallen. Von einer gewissen Zeit an; A soll mich erben, aber die Erbschaft nur zehen Jahre besitzen und genießen. Nach Verlauf dieser Zeit soll er sie an den B abtreten. Eine *directa* heredis institutio ex certo die und in diem certum war nicht erlaubt, wie wir oben (§. 491.) gesehen haben.

§. 607. Verbindende Kraft der Fideicommisse.

Die Fideicommisse wurden bittweise verordnet. Eine Bitte legt dem, an welchen sie ergeht, keine vollkommene Verbindlichkeit auf. Daher war auch nach dem alten römischen Recht ein Erbe, den man gebeten hatte, die Erbschaft zu restituiren, dazu nicht perfecte verbunden. Es hieng von seiner Höflichkeit und Gefälligkeit ab, ob er die Bitte des Fideicommittenten erfüllen wollte, oder nicht, (solo pudore ad praestandum fideicommissum adstringebatur.) Eben darum heist auch der Erbe, an den man eine solche Bitte richtete, heres fiduciarius. Man setzte nemlich das Vertrauen auf ihn, daß er höflich und uneigennützig genug sey, die Bitte des Erblassers zu erfüllen.

§. 608.

§. 608. Fortsetzung.

Indessen waren manche Erben so höflich und gefällig nicht; man hatte Exempel, daß Erben die Fideicommisse prästirten; aber es gab auch Beyspiele vom Gegentheil; (fideicommissa fluctuabant inter exempla probitatis et perfidiae.) K. August legte zuerst den Fideicommissen eine vollkommen verbindliche Kraft bey. Er verordnete, ein fiduciarius sollte gezwungen seyn, die ihm auferlegte Fideicommisse zu erfüllen, und wieß die Consuln dazu an, den Fideicommißerben zu ihrem Recht zu verhelfen. K. Claudius bestellte zwey besondere Prätoren, welche die Fideicommißprocesse entscheiden sollten, und daher praetores fideicommissarii genennt wurden. K. Titus aber glaubte, daß Ein solcher Prätor hinreichend sey.

§. 609. Unbequemlichkeiten bey den Fideicommissen.

Ein heres fiduciarius bleibt Erbe, wenn er auch die Erbschaft restituirt hat. Er muß daher alle Schulden bezahlen. Bey diesen Umständen aber kann es sich nicht allein zutragen, daß er gar keinen Vortheil von der Erbschaft hat, weil er sie ganz restituiren muß; sondern daß er auch Schaden leidet, wenn er Schulden bezahlen, und doch die Erbschaft gar nicht, oder nur kurze Zeit im Genuß behalten soll. Daher geschah es oft, daß die Fiduciarerben die Erbschaft ausschlugen, und die Testamente destituirt wurden.

§. 610. Von SCto Trebelliano.

Dieser Unbequemlichkeit abzuhelfen, verordnete der Römische Rath unter K. Nero, daß ein Fiduciarerbe, wenn er die Erbschaft restituirt habe, den Gläubigern nicht mehr verhaftet seyn, sondern daß sich diese an den Fideicommißerben halten sollten. Der Fiduciarerbe bleibt zwar noch immer Erbe, auch nachdem er die ganze Erbschaft abgetreten hat. Allein er ist es doch nur dem Namen nach, nudum nomen heredis retinet, der Fideicommissarerbe ist *loco heredis*, wie §. 3. I. h. t. sagt. Diese Verordnung heist SC. Trebellianum. Die Gläubiger konnten zwar noch gegen den fiduciarium klagen; er konnte sich aber mit der exceptione SCti Trebelliani schützen.

§. 611. Vom Pegasiano.

Nun war also der fiduciarius gegen allen besorglichen Schaden gesichert. Allein es konnte doch noch immer geschehen, daß er keinen Vortheil von der Erbschaft hatte, wenn er sie nemlich sogleich und ganz herausgeben mußte. Daher repudiirten noch immer viele Fiduciarerben die ihnen angefallenen Erbschaften,

schaften, und die Absicht des Gesetzgebers wurde nicht erreicht. Allein unter Vespasian machte der Senat ein zweytes Gesetz, SC. Pegasianum. Dieses verordnete, daß a) ein Fiduciarerbe nie mehr als drey Quart von der Erbschaft restituiren sollte; b) und wenn ihm auch mehr zu restituiren auferlegt würde: so sollte er doch befugt seyn, eine Quart zurück zu behalten. (* 1) Gesetzt aber c) daß er dieses Vortheils ungeachtet repudiiren wollte, weil er die Erbschaft dem Fideicommißerben nicht gönnte, oder weil er glaubte, daß sie nicht solvendo sey, so sollte er gezwungen werden, die Erbschaft anzutreten, (* 2) und sie ganz ohne allen Abzug zu restituiren.

(1) Diese Quart hieß quarta Falcidia. Denn das SC. Pegasianum hatte eigentlich nur das Falcidische Gesetz auf die Fideicommisse ausgedehnt. *Contius* lib. 2. lection. cap. 4. in opp. p. 81. et lib. 1. cap. 3. Disp. pag. 139.

(2) Oder richtiger: die Erbschaft wurde in contumaciam für angetreten gehalten. *Vinn.* l. c. n. 3.

§. 612. Fortsetzung.

Wenn also ein Erbe die Quart frey hatte, es war ihm z. E. nur aufgegeben, die Hälfte, ein Drittel der Erbschaft zu restituiren: so gab er heraus, was er herausgeben sollte, und bezahlte die Schulden pro rata. Z. E. wenn er ein Drittel der Erbschaft abgetreten, und zwey Drittel behalten hatte: so zahlte er auch zwey Drittel an den Schulden, und der Fideicommissarius ein Drittel. Wenn hingegen ein Erbe die Quart nicht frey hatte: so zog er sie vermöge des SC. Pegasiani ab, und machte einen Vertrag mit dem Fideicommissarius, daß dieser die Schulden zu drey Quart übernehmen wolle. Dieser Vertrag war nichts anders, als die stipulationes partis et pro parte, welche zwischen dem Erben und dem legatario partiario eingegangen wurden. (§. 568.) Schloß der Fiduciarius dergleichen Vertrag nicht: so mußte er alle Schulden bezahlen. (* 1)

(1) *Vinnius* ad §. 5. et 7. h. t. hat dieses vortreflich erläutert. Man sehe auch *Brenkmann* de Eurematicis. Cap. 11.

§. 613. Justinians Verordnungen.

Justinian erklärte 1) diese Verträge für unnöthig; 2) bestätigte er die Verordnungen des SC. Trebelliani und Pegasiani; legte aber 3) beyden zusammen den Namen SC. Trebellianum bey; (explosо SC. Pegasiano omnem auctoritatem Trebelliano attribuit,)

§. 614. Von der quarta Trebellianica.

Der Fiduciarius kann also, so bald er mehr als drey Viertel der Erbschaft restituiren soll, einen Abzug machen; kann den vierten Theil zurück behalten. Dieses Viertel heist bey den Römischen Juristen Falcidia, wie ich vorhin schon bemerkt habe; (§. 611.) die neueren aber nennen es Trebellianicam. Auch wenn der fiduciarius aus Irrthum geglaubt hat, diese quarta sey ihm frey, und mehr als drey Quart restituirt hat: so kann er das zuviel abgetretene zurück fordern. Z. E. Der Fiduciarerbe glaubt, die Erbmasse sey 12000 Rthlr. stark, er restituirt also 9000. Nun zeigt sichs, daß die Erbmasse nur 10000 Rthlr. stark ist, daß er also zuviel restituirt habe. Dieses überzahlte kann er zurück fordern. In die Trebellianische Quart wird übrigens alles angerechnet, was der Fiduciarerbe vom Testator erhalten hat, Legate, donationes mortis causa u. d. g. (*1) Auch die von der Erbschaft nach deren Antretung genossenen Früchte muß er sich zu drey Quart anrechnen lassen. Wenn nämlich der Fiduciarerbe die Erbschaft nicht sogleich, sondern erst nach einiger Zeit restituiret, und die Quart der genossenen Früchte die Trebellianicam ausmachen oder übersteigen: so kann er nichts abziehen; doch werden ihm nur die Früchte angerechnet, welche er von drey Vierteln der Erbschaft gezogen hat, oder welches einerley ist, man rechnet ihm $\frac{3}{4}$ der gezogenen Früchte an, die übrige Quart wird ihm nicht angesetzt. (*2) Z. E.

Die Erbmasse ist	12000	Rthlr.
Also quarta Trebellianica	3000	"
Die genossenen Früchte machen aus	6000	"
Also drey Quart derselben	4500	"

Da diese drey Quart mehr als die Trebellianica betragen: so kann der Fiduciarius nichts abziehen, sondern muß die ganze Erbmasse mit 12000 Rthlr. restituiren. Man nehme hingegen an

Die Erbmasse sey	12000	Rthlr.
Die quarta Trebellianica	3000	"
Die genossenen Früchte betragen nur	2000	"
Also drey Quart davon	1500	"

Jetzt kann der Erbe noch 1500 Rthlr. von der Erbmasse abziehen, um die quartam Trebellianicam mit 3000 Rthlr. übrig zu behalten. Bey der quarta Falcidia ist es, wie wir oben gehört haben, anders; denn in dieser wird dem Erben nur das angerechnet, was er als Erbe bekommen hat.

Die

Die Anmerkung sagt, nur der directe Erbe, wenn er die Erbschaft restituiren soll, ist befugt, die quartam Trebellianicam abzuziehen. Wenn der fideicommissarius die Erbschaft auch wieder restituiren soll, so kann er nichts abziehen. Z. E. es heist

A. soll mein Erbe seyn, und die Erbschaft lebenslang genießen.

Nach dessen Tode soll sie an B. fallen; auch dieser soll sie lebenslang behalten und genießen.

Nach seinem Tode aber soll sie C. haben.

In diesem Falle zieht zwar A. die quartam ab; aber B. muß alles, was er bekommt, ohne Abzug an den C. restituiren. Die Ursache ist leicht einzusehen. Die Trebellianica ist eingeführt, damit die Testamente nicht destituirt werden sollen. Diese Wirkung kann erfolgen, wenn der heres directus A. repudiirt, aber nicht wenn der fideicommissarius B. die Erbschaft ausschlägt. Daher hat man, nur um den A. zu bewegen, daß er nicht repudiire, ihm den Abzug der quartae verstattet; dem B. aber dergleichen zu erlauben, dazu war kein Grund vorhanden.

(1) Diese Meynung ist in der Praxis angenommen, ob sie gleich den römischen Gesetzen offenbar zuwider ist, wie *Bach* Diss. de his, quae imputantur in quartam fiduciarii §. 7. in opusc. pag. 456. und schon lange vor ihm *Vallius* ad L. 91. D. ad L. Falcid. in thesaur. Ott. Tom. 1. pag. 437. sqq. gezeigt hat. Man s. L. 91. D. ad L. Falcid. und L. 24. C. famil. herciscund. auch *Schacher* diss. ad rescript. Dioclet. et Maxim. in L. 24. C. famil. herciscund. §. 13. p. 23.

(2) *Ludewig* diss. de Trebellianica exule in fideicommiss. fructuar. cap. 3. §. 4. *Georg Lud. Boehmer* diss. de legatis ex fideicommisso praestandis, §. 5. in elect. iur. civ. Vol. 1. p. 226.

§. 615. Die Verträge zwischen dem Fiduciar- und Fideicommißarerben sind unnöthig.

Nach den neuen Gesetzen sind also 2) die Activ- und Passivschulden ipso iure zwischen dem Fiduciarius und Fideicommissarius vertheilt, so, daß keine Verträge darüber mehr nöthig sind. Der Fiduciarius bezahlt, wenn er drey Quart restituirt, nur ein Viertel der Schulden, die drey andern Viertel fallen auf den Fideicommissarius. Auch die Vermächtnisse werden vom fiduciario und fideicommissario pro rata bezahlt. (*[1]) Nur muß jenen die quarta frey bleiben. 3) Wenn der Fiduciarerbe nicht antreten will: so kann er dazu gezwungen werden. Indessen ist dieß nach der Nov. 1. nicht einmal nöthig. Denn wenn sich der Fiduciarerbe weigert, anzutreten: so kann es der Fideicommissar selbst und unmittelbar thun.

(1) L. 2. C. ad SC. Trebell. *Boehmer* l. c. §. 3. p. 221.

TIT. XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

§. 616. Vom fideicommisso singulari.

Was fideicommissum singulare oder particulare sey, und wie es sich vom universali unterscheide, habe ich schon bey dem 552. und 601. §. gezeigt. Es wäre unnütze Wiederholung, wenn ich es hier noch einmal sagen wollte.

§. 617. Es ist den legatis gleich gemacht worden.

Wir haben auch schon im Titel de legatis §. 555. gehört, daß die legata und fideicommissa singularia durch die neueren Gesetze in allen Stücken einander gleich gemacht worden sind. Der einzige Unterschied ist geblieben: wenn ich einem Sklaven die Freyheit als ein legatum hinterlasse, das heist, wenn ich selbst den Sklaven im Testament für frey erkläre: so ist der Sklave dem Erben keine iura patronatus schuldig. Wenn ich aber dem Sklaven die Freyheit durch ein Fideicommiß gebe; das heist, wenn ich meinem Erben aufgebe, den Sklaven frey zu lassen: so ist der Erbe Patron, und hat über den Freygelassenen die Patronatsrechte. Viele (*1) suchen auch noch darin einen Unterschied der Legate und Fideicommisse: sie sagen, Legate kann man einem nur im Testament und in Codicillen hinterlassen; hingegen Fideicommisse können auch ohne Zeugen bey dem Erben mündlich verordnet werden. Allein da Justinian Legate und Fideicommisse einander in allen Stücken gleich gesetzt hat: so ist dieser Unterschied ungegründet. (*2) Wenigstens wird in der Praxis nicht darauf gesehen. (*3)

(1) *Franzk.* ad §. fin. I. de fideic. *Sande* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Faber* de error. pragmaticor. dec. 67. error. 7. *Huber* praelect. h. t. n. 3.

(2) *Pantschmann* lib. 2. Quaest. 7. *Sichard* ad L. fin. C. de fideic. n. 13. *Harpprecht* de remed. L. ult. C. de fideic. n. 1128. sqq.

(3) *Carpzov.* P. 3. C. 8. D. 40. *Philippi* us. pract. Instit. lib. 3. eccl. 102.

TIT. XXV.

De Codicillis.

§. 618. Uebergang zu dieser Lehre.

Wenn ich einen letzten Willen erkläre: so ernenne ich entweder einen directen Erben, oder ich verordne etwas anders. Im ersten Falle habe ich ein **Testament**, im letzten aber ein **Codicill**, (codicillos oder codicillum) errichtet.

§. 619. Geschichte der Codicille.

Codicilli hiessen bey den Römern **Billets**, Briefe, die ich an jemand schreibe, welcher an demselben Ort mit mir wohnt. Darauf gründet sich das freylich etwas gesuchte, und also wohl nicht aus dem Herzen geflossene Compliment, das Seneca am a. O. seinem Freunde macht, **du bist mir so gegenwärtig, ich sehe dich, höre dich, daß ich nicht weiß, ob ich einen Brief oder ein Billet an dich anfangen soll.**

§. 620. Fortsetzung.

Dergleichen Codicille schrieben denn auch die Sterbenden an ihre Erben, und ersuchten sie darin, dieses und jenes zu thun, zu bezahlen u. s. w. Sie waren in der gewöhnlichen Briefform abgefaßt; und heissen daher auch zuweilen epistolae, epistolae fideicommissariae.

§. 621. Fortsetzung.

So wie aber die Fideicommisse keine verbindliche Kraft hatten, so wurde auch ein Erbe durch dergleichen Codicille nicht verpflichtet. Allein in den neuern Zeiten erhielten die Codicille mehr Ansehen. Die Veranlassung war folgende. L. Lentulus machte in Rom ein Testament, worin er seine Tochter und den K. August zum Erben ernennte. Darauf gieng er nach Afrika als Proconsul, und schrieb ein Codicill, worin einige Fideicommisse für den Kaiser, und legata für die Tochter enthalten waren. Er starb; August bezahlte die Fideicommisse, und die Tochter die ihr auferlegten legata. Aber August berief zugleich die berühmteste Rechtsgelehrten, und fragte sie, ob es nicht rathsam sey, solchen in Codicillen enthaltenen Verordnungen durch ein Gesetz verbindliche Kraft zu ertheilen. Trebatius Testa bejahete die Frage aus dem Grunde, weil zuweilen römische Bürger auf der Reise an Orten stürben, wo sie keine sieben Bürger zu Zeugen bekommen, also kein Testament machen könnten. Indessen findet man nicht, daß August eine solche Verordnung gegeben habe.

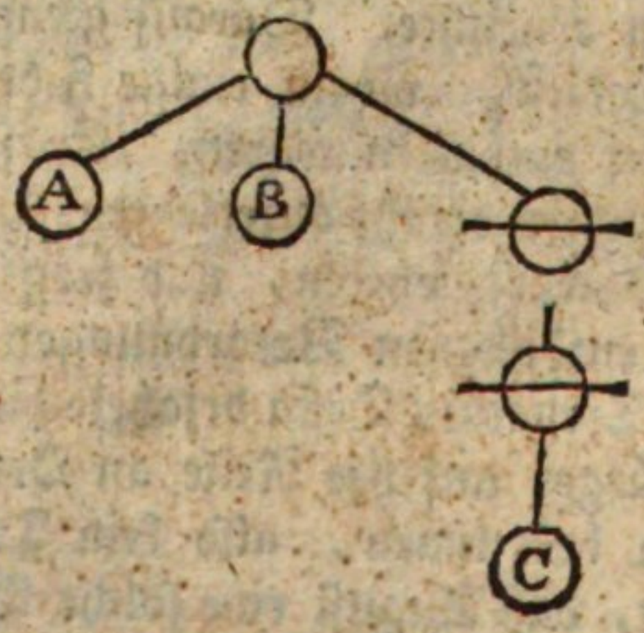
Nicht lange hernach machte der berühmte Juriſt Labeo auch Codicille, und ſeitdem zweifelte niemand mehr, daß dieſe Art von Willensverordnungen verbindlich ſey. Die Juriſten ſetzten alſo gewiſſe Regeln für die Codicille feſt, K. Conſtantin verordnete in der L. 1. Cod. Theodoſ. de teſtam. daß man fünf oder nach Beſchaffenheit der Umſtände, ſieben Zeugen bey Codicillen, die an die Inteſtaterben giengen (codicillis ab inteſtato factis,) zuziehen ſolle. Theodoſius der Jüngere aber ſetzte in der L. 21. Cod. de teſtam. feſt, daß in allen Codicillen fünf Zeugen zugegen ſeyn, unitas actus beobachtet werden, und (wenn es ſchriftliche Codicille ſind) die Zeugen unterſchreiben ſollten.

§. 622. Was ſind die Codicille?

Die Codicille ſind ein letzter Wille, worin etwas anders als eine directe Erbeseinſetzung enthalten iſt, worin ich ein Legat, ein Fideicommiß anordne, einen Sklaven frey laſſe, meinen Kindern einen Vormund beſtelle u. d. gl. kurz irgend etwas verordne, was nicht inſtitutio heredis directi iſt.

§. 623. Gattungen derſelben.

Die Codicille werden in Rückſicht auf ihre Form in mündliche und ſchriftliche eingetheilt. Da nemlich die Codicille ein letzter Wille ſind; man ſeinen Willen eben ſowohl mündlich als ſchriftlich erklären kann: ſo ſind auch die Codicille entweder mündliche oder ſchriftliche. In Abſicht des Erben, an den ſie gerichtet worden ſind, ſind ſie entweder codicilli teſtamentarii, oder ab inteſtato. Nemlich Codicille können keine inſtitutionem heredis directi enthalten; ſie ſetzen voraus, daß ſchon ein heres directus vorhanden ſey, und werden an ihn gerichtet. Dieſer heres directus iſt entweder im Teſtament ernennt, oder Inteſtaterbe. Im erſten Fall heiſſen die Codicille: *teſtamentarii*, oder *ad teſtamentum facti*, oder *facto teſtamento*. Im letzten codicilli ab inteſtato. Dieſe beyden Gattungen ſind ſehr verſchieden. Denn die codicilli ab inteſtato beſtehen für ſich, das heiſt, ihre Gültigkeit hängt nicht von einem Teſtament ab, und verpflichten einen jeden Inteſtaterben. Z. E.



A macht

A macht ein Codicill, und legt darin seinem Intestaterben, seinem Bruder B ein Vermächtniß auf. Dieser aber stirbt vor dem A. folglich wird nun C der Erbe des A. Muß dieser die im Codicill enthaltene Verordnungen erfüllen? Ja; wenn gleich das Codicill wirklich und ausdrücklich nicht an ihn, sondern an den B gerichtet ist. Die codicilli testamentarii aber verpflichten nur den Testamentserben; wenn das Testament besteht, so bestehen auch diese Codicille; geht aber das Testament zu Grund, so werden auch diese Codicille ungültig. Sie sind wieder zweyerley: entweder sind sie im Testament bestätigt, oder nicht. Die bestätigten sind entweder nach oder vor ihrer Verfertigung bestätigt. Nach ihrer Verfertigung; z. E. es heißt: ich erkläre auch die Codicille, welche ich vor Errichtung dieses Testaments gemacht habe, hiermit für gültig, und sie sollen angesehen werden, als ob sie diesem Testament einverleibt wären. Vor ihrer Verfertigung; z. E. ich will auch, daß die Codicille, welche ich nach Errichtung dieses Testaments noch machen werde, gültig seyn, und als ein Theil dieses meines Testaments angesehen werden sollen.

§. 624. Was kann in einem Codicill verordnet werden?

Wer ein Testament errichten kann, ist auch befugt Codicille zu machen, und wer jenes nicht kann, kann auch dieses nicht. Aber der Unterschied des Testaments und der Codicille ist, daß in jenem ein directer Erbe ernennt werden muß, in diesem aber ein solcher Erbe nicht eingesetzt, auch niemand substituirt und niemand enterbt werden kann. Man kann nicht einmal dem Erben eine Condition vorschreiben. Denn dieses ist im Grunde eine ademtio conditionalis, man schließt ihn auf den Fall, daß die Bedingung nicht erfüllt wird, aus. (* 1) Hingegen kann man in Codicillen Legate (* 2) und Fideicommisse verlassen, Sklaven manumittiren, einen testamentarischen Vormund bestellen u. s. w. Aber kann denn auch eine Schenkung von Todes wegen in Codicillen geschehen? Da die Schenkung Acceptation erfordert, (§. 414.) bey Codicillen aber, wie bey jedem letzten Willen, alle Acceptation wegfällt; (§. 441.) so kann in Codicillen keine wahre Schenkung geschehen. Gesetzt indessen, jemand erklärt in einem Codicill, daß er mir etwas schenke. In diesem Fall gilt, wie die Juristen behaupten, die Schenkung als ein Legat oder Fideicommiß. (* 3)

(1) *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obs. 43.

(2) *Cocceji* iur. controv. tit. de legat. Qu. 3. behauptet zwar in Codicillen könnten keine legata hinterlassen werden. Allein diese paradoxe Meynung ist weder in den Gesetzen gegründet, noch in der Praxis angenommen.

(4) *Zepper* tract. de codicill. cap. 7. n. 87. sqq. Man s. auch *Dan. Faber* diss. de legator. et donat. m. c. differentiis (Goett. 1763.) §. 11.

§. 626.

§. 625. Man kann mehr als ein Codicill machen.

Kein paganus kann, wie wir oben gehört haben, mit zwey Testamenten versterben. Denn im Testament wird ein Erbe, ein successor *in omne ius* defuncti ernennt. Zwey Testamente vertragen sich also nicht mit einander. Hingegen in den Codicillen ist eine solche Erbeseinsetzung nicht enthalten; daher kann jemand mehrere Codicille hinterlassen, und wenn er es thut, so gelten sie alle, wofern sie nur einander nicht widersprechen. Denn wenn dieses ist: so geht das letzte Codicill dem ersten vor; z. E. wenn im ersten Codicill das Wohnhaus dem A vermacht, im zweyten aber es ihm wieder benommen, und dem B vermacht ist, so gilt das zweyte.

§. 626. Feyerlichkeiten derselben.

Die Codicille erfordern, wie Justinian im §. 3. h. t. sagt, keine *sollennitatem ordinationis*. Dieß heist nicht so viel, sie erfordern gar keine Sollennitäten, sondern Justinian will nur sagen, sie erfordern nicht die Feyerlichkeiten, welche bey einem Testament nöthig sind. Ein Codicill nemlich ist entweder ein öffentliches, oder privates. Oeffentliche Codicille sind, welche sich auf die Auctorität des Landesherrn oder der Obrigkeit gründen. Wenn man diesen ein Codicill schriftlich übergiebt, oder es mündlich in ihrer Gegenwart macht: so gilt es ohne alle Sollennitäten. Kurz es ist hier dasselbe Rechtens, was wir oben §. 443. von den Testamenten gehört haben. Ein Privatcodicill ist entweder ein sollennes oder nicht solennes, privilegirtes. Wer nemlich in einem solchen Falle ist, worin er ein privilegirtes Testament machen kann, der kann auch in diesem Fall ein privilegirtes Codicill errichten. Z. E. wer eine piam causam einsetzen will, kann ohne alle Feyerlichkeiten testiren (§. 463.) Wer daher einer piae causae etwas in einem Codicill verlassen will, hat auch dazu keine Sollennitäten nöthig. So wie die Testamente der Eltern unter Kindern keine Feyerlichkeiten erfordern (§. 460.) so auch die Codicicille nicht, wenn Eltern darin unter den Kindern disponiren. Die sollennen Codicille aber erfordern folgende Stücke: 1) unitatem temporis et actus (§. 444.) 2) Fünf Zeugen, und diese müssen 3) ein schriftliches Codicill unterschreiben.

Hierbey ist noch mancherley zu bemerken: 1) daß die Zeugen feyerlich rogirt werden, (wie bey Testamenten geschehen muß, §. 445.) ist nicht nöthig. Auch 2) wird nicht erfordert, daß sie untersiegeln. (*1) Eben so wenig ist 3) die Unterschrift des codicillantis nöthig. (*2) Das aber ist 4) streitig, ob in codicillis testamento confirmatis Zeugen erforderlich sind. Verschiedene Juristen (*3) behaupten, daß dergleichen Codicille, ohne alle Zeugen gültig seyen. Sie gründen sich darauf, daß es in der L. 14. pr. D. h. t. heist, codicilli testamento confirmati würden pro parte testamenti gehalten, und in

der

der L. 2. §. 2. D. h. t. quaecunque in his ſcribuntur, perinde habentur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent. Allein viele andere behaupten das Gegentheil mit nicht verwerflichen Gründen. Sie ſagen: in den angeführten Geſetzen wird vorausgeſetzt, daß die Codicille auf die gehörige Art vor fünf Zeugen errichtet ſind. Wenn dieß iſt, denn werden ſie als ein Theil des Teſtaments angeſehen; denn iſt es wahr, daß ihre Verordnungen eben ſo gültig ſind, als ob ſie im Teſtament enthalten wären. (*4) 5) Wird darüber diſputirt, ob Weibsperſonen in den Codicillen Zeugen ſeyn können. Ich halte die verneinende Meynung aus dem Grunde für richtiger, weil die Errichtung eines Codicills eine feyerliche Handlung iſt, bey dergleichen Handlungen aber Weibsperſonen ausgeſchloſſen ſind. (*5)

(1) *Hert* deciſ. 677. n. 2.
(2) *Zepper* tract. de codicillis cap. 8. n. 42. ſqq. *Hert* l. c.
(3) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 7. cap. 17. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t. n. 2. *Struk* caut. teſtam. cap. 2. §. 12. *I. H. Boehmer* diſſ. de codicill. absque teſtibus validis cap. 1. §. 29. in Ex. ad Pand. Tom. 5. p. 132. ſqq. *G. L. Boehmer* progr. de quatuor modis conficiendi codicillos, in elect. iur. civ. Tom. 1. p. 232. ſqq. et in praefat. ad dict. Tom. Exercit. paternar. *Cramer* obſ. iur. univerſ. Tom. 3. p. 443. Nebenſt. 44. Th. 106. S. *Walch* controv. p. 232.
(4) *Em. Dunius* de vet. ac. novo. iure codicillorum (Rom. 1752.) p. 184. ſqq. *Mod. Piſtor* Vol. 1. conſil. 44. *Harpprecht* Vol. 1. Conſil. 5. n. 63.
(5) *Reinold* varior. cap. 5. *Walch* controverſ. pag. 233.

§. 627. Was iſt die Codicillarclauſel?

Zuweilen wird den Teſtamenten eine Clauſel angehängt, die man die Codicillarclauſel nennt. Sie iſt eine Erklärung des Teſtators, daß dieſes Teſtament, wenn es nicht gelten könne als ein Teſtament, gelten ſolle als ein Codicill. Die Geſetze, worin dieſe Clauſel ihren Sitz hat, ſind: *L.* 12. §. *fin. D. de iniuſt. rupto irrit.* Si paganus, qui habebat iam factum teſtamentum, aliud feciſſet, *et in eo comprehendiſſet*, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent: omnimodo prius teſtamentum tum ruptum eſt, quo rupto, poteſt quaeri, an vice codicillorum id valere deberet? Et cum haec verba ſint fideicommiſſi, et ſine dubio univerſa, quae illic ſcripta ſunt, in cauſa fideicommiſſi erunt, non ſolum legata et fideicommiſſa, ſed et libertates et heredis inſtitutio. *L.* 29. §. 1. *D. de teſtam.* Ex his verbis, quae ſcriptura paterfamilias addidit: *hoc teſtamentum volo eſſe ratum, quacumque ratione poterit*, videri eum voluiſſe commode valere ea, quae reliquit etiamſi inteſtatus deceſſiſſet. *L.* 41. §. 3. *D. de vulg. et pup. ſubſtit.* Quae ita locum habebunt, ſi patris teſtamentum iure valuit; alioquin ſi non valuit, ea ſcriptura, quam teſtamentum eſſe voluit, codicillos non faciet, *niſi hoc expreſſum eſt.* *L.* 8. *C. de codicill.* Si teſta-

tor faciens teſtamentum, *in eodem pro codicillis etiam id valere complexus ſit*, qui hereditatem petit, ab ipſis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat poteſtatem. Die Notarien machen gewöhnlich noch folgende Schnörkel daran: dafern aber dieſes mein Teſtament einiger Urſachen und Mängel halben von Rechtswegen nicht als ein ſolenner zierlicher letzter Wille, oder zu Rechtbeſtändiges Teſtament gelten oder kräftig ſeyn ſollte: ſo will ich doch, daß ſolches als ein teſtamentum nuncupativum, Codicill, Fideicommiß, donatio mortis cauſa, oder wie es ſonſt immer den Rechten nach, am beſten geſchehen kann, gelten und kräftig ſeyn ſoll. Allein dieſe Verzierungen ſind unnütz, denn gilt das Teſtament als Codicill, ſo gilt es auch als Fideicommiß; man braucht alſo dieß nicht zu ſagen. Als *donatio mortis cauſa* kann es nicht gelten, da es nicht acceptirt iſt. Eben ſo wenig kann es als ein teſtamentum nuncupativum gelten, wenn es nicht den Zeugen in Gegenwart des Teſtators vorgeleſen worden iſt; und iſt dieß geſchehen, ſo gilt es als ein nuncupativum, auch ohne daß es der Teſtator dafür erklärt. Noch eine andere Art, es gültig zu erhalten, giebt es nicht. (*1)

(1) *Io. Aug. Hellfeld.* diſſ. de effectu clauſulae codicillar. teſtamento, quod rumpitur, adjectae, cap. 2. §. 19. in opuſc. pag. 410. ſqq.

§. 628. Was wirkt ſie?

Zwey Fragen ſind bey dieſer Clauſel zu beantworten: 1) **in welchem Fall iſt ſie wirkſam?** 2) **worin beſteht ihre Wirkung?**

Was die erſte Frage betrift, ſo unterſcheide man folgende drey Fälle: a) wenn das Teſtament alle Erforderniſſe eines Teſtaments hat, ſo iſt die Clauſel überflüſſig. b) Hat das Teſtament nicht einmal die Erforderniſſe eines Codicills, z. E. der Teſtator war blödſinnig oder unmündig, es fehlt an der Einheit der Handlung, es iſt nur von drey Zeugen unterſchrieben, die Zeugen ſind Weibsperſonen: ſo iſt die Codicillarclauſel vergeblich; das Teſtament geht dennoch zu Grunde. Wenn aber c) das Teſtament zwar nicht die Erforderniſſe eines gültigen Teſtaments, hingegen doch die Erforderniſſe eines Codicills hat: ſo iſt die Clauſel wirkſam.

Worin beſteht aber ihre Wirkung? Sie macht, daß das Teſtament als ein Codicill gilt; daß die inſtitutio heredis *directi* in eine inſtitutionem heredis *fideicommiſſarii* verwandelt wird. Man ſieht das Teſtament als eine an die Inteſtaterben gerichtete Bitte an, daß ſie die Erbſchaft antreten, und den Teſtamentserben nach Abzug der Trebellianiſchen Quart abtreten möchten. (*1)

Es

Es ist viel darüber gestritten worden, ob die Codicillarclausel bey jedem Testament sich von selbst verstehe; d. i. ob in dem Fall, wenn sie auch nicht beygefügt ist, es doch eben so gut sey, als ob sie im Testament stünde. (*2) Viele haben es behauptet, aber die Gründe derer die es verneinen, scheinen mir überwiegender, (*3) und die angeführten Gesetze, L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. substit. L. 12. D. de iniust. rupt. und L. 8. C. de codicill. sind ziemlich deutlich.

(1) Wenn sich zwey Testamente finden, deren erstes alle gehörige Sollennitäten hat, das letzte unvollkommen, aber mit der Codicillarclausel versehen ist: so sieht man das letzte als eine Bitte an, daß der im ersten ernennte Erbe die Erbschaft dem restituiren möge, der im letzten eingesetzt ist; arg. L. 12. §. 1. D. de iniusto rupt. S. oben §. 454. und *Sam. Stryk* diss. de clausula codicillari, n. 54. sqq. in Opp. Tom. 1. p. 338.

(2) *Carpzov.* P. 3. c. 4. D. 38. et lib. 6 resp. 7. *Zepper* de codicill. cap. 4. n. 138. sqq. *Franc. Alef.* diss. de otio clausulae codicillaris, cap. 2. in dieb. acad. p. 616. sqq. *Car. Aug. Tittel* opusc. de clausula codicill. tacite sub intellecta (Ien. 1759.) §. 31. sqq.

(4) *Stryk* de cautel. testam. cap. 23. §. 32. *Lauterbach* colleg. th. pr. h. t. §. 17. *Wernher* P. 1. obs. 279. *Walch* controv. p. 235 *Hellfeld* l. c. §. 20. *Henr. Wilh. Schorch* diss. qua claus. codicill. praesumtam non dari adseritur, Erf. 1763.

LIB. III. TIT. I.

De hereditatibus quae ab intestato deferuntur.

§. 629. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben (§. 437.) gehört, daß das Successionsrecht dreyerley sey. Es gründet sich entweder auf einen Vertrag, oder auf ein Testament, oder unmittelbar auf die Vorschrift der Gesetze. Das erste heist *ius succedendi pactitium*, und ist im römischen Recht unbekannt, gehört also in ein System des deutschen Rechts. Das zweyte heist *testamentarium*. Es ist bisher abgehandelt worden. Endlich das dritte heist *legitimum* oder *ab intestato*, und dieses soll nun vorgetragen werden.

§. 630. Verschiedenheit der alten und neuen Successionsordnung.

Anders ist das Intestaterbrecht beschaffen nach den alten Römischen Gesetzen, und anders nach der 118. Novelle Justinians. Wir wollen uns also zuerst das alte Recht kürzlich bekannt machen, und denn die neue Successionsordnung der 118. Novelle ausführlicher betrachten.

§. 631. Wer erbte nach altem Recht?

Das Fundament der Intestaterbfolge nach den Zwölftafelgesetzen war die Verwandtschaft, aber nur die, welche in dem alten römischen Staat, sobald von positiven Rechten die Rede war, als Verwandtschaft galt, die Agnation. Denn wir haben oben (§. 115.) die Regel gehört: iura agnationis sunt civilia, die Rechte, welche das positive Gesetz den Verwandten giebt, stehen allein den Agnaten, nicht den Cognaten zu. Das Successionsrecht der Verwandten aber ist ein blosses positives Recht, von welchem das Naturrecht nichts weiß. Der Complexus der Agnaten, oder mit Einem Wort die Familie, hatte also ein Intestaterbrecht auf die Güter ihrer Mitglieder. Die Cognaten hatten dergleichen nicht; auch die emancipirten Kinder, und wer von ihnen abstammte, erbte nicht mehr, weil man durch die Emancipation von der Familie ausgieng. Unter den Agnaten ar eine gewisse bleibende Verbindung, sie hatten einen gemeinschaftlichen Familiennamen, gemeinschaftliche sacra und Familienbegräbnisse. An allem diesen nahmen die Cognaten keinen Theil. Aus diesem Grunde hielten es wahrscheinlich die Decemviren auch für analogischer und billiger, daß nur die Agnaten ab intestato succedirten, und die Cognaten, unter welchen kein solcher nexus civilis war, ausgeschlossen würden.

§. 632. Fortsetzung.

Es succedirten also vorzüglich die *liberi sui*, das heist, die Kinder und Enkel, die zur Zeit als der Erblasser starb, in seiner väterlichen Gewalt waren. Sie waren schon bey Lebzeiten des Erblassers durch eine Rechtsfiction Eigenthümer von dessen Vermögen, und setzten nach seinem Tode dieses Eigenthum fort. (*1) Daher sagten die Gesetze der 12. Tafeln: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, (das heist erit) agnatus proximus familiam habeto.

(1) Diese Rechtssätze sind sehr gut ins Licht gesetzt in *G. L. Boehmer* diss. de suo herede, Cap. 1. §. 4. in elect. iur. civ. Tom. 1. pag. 100.

§. 633.

§. 633. Fortsetzung.

Dieses Successionsrecht stand sowohl den leiblichen als Adoptivkindern zu. Die Söhne und Töchter (* 1) succedirten in Köpfe; die Enkel, Urenkel u. s. w. in Stämme. Was das heist, wird im §. 682. erklärt werden. Durch die Emancipation aber gieng das Erbrecht völlig verloren. Doch kam der Prätor den emancipirten Kindern zu Hülfe, und gab ihnen ein Erbrecht unter dem Titel einer bonorum possessionis. Man sehe §. 662.

Die Note sagt, weil eine Frau, welche in manu mariti war, als eine filia familias angesehen wurde, so war sie auch sua heres, und succedirte so gut als die Kinder.

(1) *Gustav. Hugo* in commentat. de fundamento successionis ab intestato ex iure rom. antiquo et novo (Goetting. 1785.) §. 6. behauptet, alle Weibspersonen seyen nach den Zwölftafelgesetzen von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen; ein Einfall der durch unzählige Stellen der Alten, insonderheit auch des römischen Gesetzbuches widerlegt wird. S. *Ioach. Schwarzkopf* in seiner Abhandlung über eben diese Materie. §. 4.

TIT. II.

De legitima agnatorum successione.

§. 634. 635. Wie erbten die Agnaten?

Wenn keine sui liberi vorhanden waren: so succedirten die nächsten Agnaten. (* 1) Und zwar 1) erbten nach den Zwölftafelgesetzen die agnatae so gut als die agnati. In den folgenden Zeiten aber machten die Juristen den Satz geltend, daß die agnatae nur bis auf den zweyten Grad erben sollten, das heist, wenn ich starb, so erbten meine Schwestern, die mit mir Einen Vater und Eine Mutter, oder wenigstens Einen Vater hatten; (sorores germanae et consanguineae) aber die entfernteren agnatae nicht. Also z. E. meines Bruders Tochter erbte mich nicht, ob ich ihr gleich, wenn sie vor mir starb, succedirte. Der Prätor, welcher auch diesen Satz für unbillig hielt, ließ die entfernteren agnatas durch das edictum unde cognati zur Erbschaft. 2) Die agnati erbten, sie mochten durch wirkliche Procreation oder durch Adoption mit dem Verstorbenen verwandt seyn. Allein 3) der nähere

schloß den entfernteren aus. Es hatte also kein Repräsentationsrecht statt; (§. 682.) ja was das sonderbarste war, wenn der nächste Agnat die Erbschaft repudiirte, oder starb, ehe er angetreten hatte: so bekam sie darum der entferntere nicht. Man blieb streng bey den Worten der Zwölftafelgesetze: Agnatus *proximus* familiam habeto. Fragt man aber, auf wen fiel sie denn in diesem Falle: so sagen einige, auf die gentiles; (* 2) andere (* 3) glauben, der Fiscus habe sie weggenommen. Der Prätor änderte aber auch dieses; er ließ, im Fall der nächste Agnat repudiirte, oder vor der Erbschaftsantretung starb, den entfernteren zur Erbschaft, und diese Verordnung heist das *edictum successorium*. Dieß hat Justinian bestätigt, weil sich das alte Recht auf eine blosse Subtilität und Wortklauberey gründete.

(1) Nach dem §. 5. I. de succeff. cognator. scheint ihr Successionsrecht nur bis auf den zehenden Grad zu gehen. Man sehe aber *Vinn.* ad d. §. n. 4. *Marcil.* et *Ian. a Costa* ibid. p. m. 365. *Averanii* Interpret. Lib. I. Cap. 13.

(2) *Schulting* ad Collat. LL. Mos. et Rom. p. m. 794.

(3) Z. E. *Vinnius* ad §. 7. h. t. *Balduinus*, *Hotomannus* ibid. *Oisel.* ad Caj. Lib. 2. Tit. 8. §. 4.

§. 636. Von der Succession der Eltern.

Ein Vater succedirte seinem Sohn, der noch in väterlicher Gewalt war, (filio *suo*) nicht; denn der Sohn hatte nichts eigenes; alles was er erwarb, gehörte dem Vater. Dem emancipirten Sohne succedirte der Vater nicht als Vater, sondern als *manumissor*, als Patron. Denn die alte Emancipation geschah durch Verkauf und Manumission. Die Mutter erbte von den Kindern nichts, weil sie eine cognata von ihnen ist; und aus gleichem Grunde erbten auch die Kinder von der Mutter nichts. Zuerst hat dieß der Prätor geändert, indem er der Mutter und den Kindern bonorum possessionem ex edicto unde cognati gab. Nachher ist der Mutter durch das SC. Tertullianum, und den Kindern durch das SC. Orphitianum auch ein Civilerbrecht ertheilt worden.

TIT. III.

De SC. Tertulliano.

§. 637. Nach dem Tertullianischen Rathsschlusse erbt die Mutter ihre Kinder.

Nemlich das SC. Tertullianum verordnete, daß eine freygeborne Mutter, wenn sie das ius trium liberorum, und eine Freygelassene, die das ius quatuor liberorum hat, ihren Kindern, sowohl den unehelichen als ehelichen, succediren sollte. Also nur die Mutter succedirte, nicht die Großmutter. Diese hat erst Justinian in der 118. Novelle zur Succession gelassen. Wenn die Mutter noch in der väterlichen Gewalt war, so konnte sie die Erbschaft ihrer Kinder, so wie jeder filius und jede filiafamilias, nicht anders als nach vorhergegangenem Befehl ihres Vaters antreten.

§. 638. Doch unter gewissen Einschränkungen.

1) Nicht jede Mutter succedirte, sondern nur die, welche a) drey oder vier Kinder wirklich geboren, oder b) das ius liberorum vom Kaiser erlangt hatte. Denn Weiber, die keine Kinder geboren hatten, erhielten doch zuweilen vom Kaiser aus Gnade die Rechte einer fruchtbaren Frau, kurz das *ius liberorum.* 2) Nur alsdenn hatte die Mutter ein Erbrecht, wenn die Kinder ohne Testament starben, und 3) keine Verwandte da waren, welche der Mutter vorgiengen. Denn hinterließ der Verstorbene Kinder oder Enkel, oder einen Vater oder Brüder: (fratres germanos aut consanguineos) so schlossen sie die Mutter aus. Waren Schwestern und Brüder des Verstorbenen da: so succedirten diese zusammen, die Mutter aber bekam nichts. Wenn endlich Schwestern allein vorhanden waren: so erbte die Mutter mit ihnen. Justinian hat dieses geändert. Nach seinen älteren Verordnungen succedirt die Mutter, wenn sie auch keine Kinder geboren hat; sie succedirt mit den Brüdern und Schwestern des Erblassers. Concurrirt sie mit Brüdern, so bekommt sie portionem virilem, das heist, es werden so viele Theile gemacht, als Personen succediren, und davon erhält die Mutter einen. Wenn sie aber mit Schwestern succedirt: so bekommt sie die Hälfte der ganzen Erbschaft. Was Justinian in der 118. Novelle noch weiter in diesem Punct verordnet hat, wird im 692. u. ff. §§. erklärt werden.

TIT. IV.

De SCto Orphitiano.

§. 639. Die Kinder erben die Mutter.

Da die Mutter durch das SCtum Tertullianum ein Erbrecht auf das Vermögen der Kinder bekommen hatte: so war es billig, daß auch die Kinder der Mutter succedirten. Denn die Successionsrechte sind der Regel nach wechselseitig, das heist: wenn mir einer succedirt, wofern ich zuerst sterbe: so succedire ich ihm auch, wenn er zuerst stirbt.

§. 640. Vermöge des Orphitianischen Rathschlusses.

Dieses Successionsrecht wurde den Kindern durch das SC. Orphitianum ungefehr 20. Jahre nach dem SC. Tertulliano ertheilt. Es wurde nemlich festgesetzt, daß die Kinder ihre Mutter, sie mochte nun eine Freygeborne oder Freygelassene seyn, die Kinder mögen eheliche oder uneheliche, in der väterlichen Gewalt oder sui iuris seyn, erben sollen, Dieses Erbrecht gieng auch durch die capitis deminutionem, nemlich minimam nicht verloren. Denn man hatte die Regel: die Successionsrechte, welche erst durch neue Gesetze ertheilt sind, gehen durch die geringste Capitisdeminution nicht zu Grund.

§. 641. Ausdehnung dieses Gesetzes.

Nur den Kindern, Söhnen und Töchtern gab das SC. Orphitianum ein Erbrecht. Der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius gaben aber in der Folge dieses Recht auch den Enkeln und Enkelinnen.

TIT. V.

De successione cognatorum.

§. 642. Nach den Agnaten erben die Gentilen.

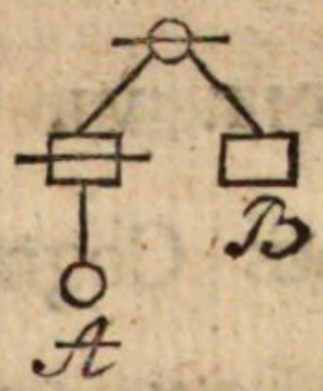
Wenn keine Agnaten vorhanden waren, so succedirten die Gentiles, die Cognaten hatten kein Erbrecht. Gentiles waren, wie wir oben (§. 115.) gehört

gehört haben, Personen, welche zwar die Verwandtschaft, aber nicht den Grad derselben beweisen konnten, daher sagen die Gesetze der 12. Tafeln: Si agnatus nec escit, *gentilis* familiam heres nancitor. Sie sagen nicht *gentilis proximus*, denn kein gentilis konnte zeigen, daß er dem Grade nach näher sey, als ein anderer. Alle gentiles erbten also zusammen. In den neuern Zeiten kam die successio gentilium ab. Wer erben wollte, mußte den Grad der Verwandtschaft zeigen können. (*1)

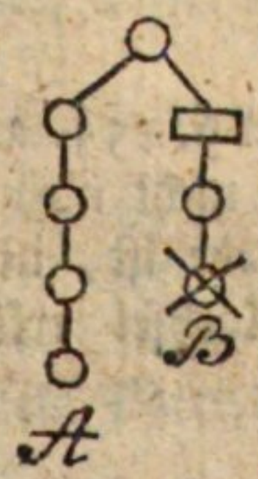
(1) *Chladenius* de gentilitate vet. Rom. Cap. 6.

§. 643. Auch die Cognaten läßt der Prätor zur Erbschaft.

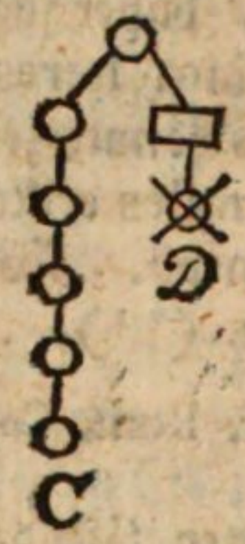
Hingegen rief der Prätor nunmehr auch die Cognaten zur Succession, und mit ihnen die Agnaten, welche die geringste Capitisdeminution erlitten hatten, nemlich emancipirte, oder in Adoption gegebene Kinder. Auch cognati spurii und vulgo quaesiti gelangen durch den Prätor zur Erbschaft, z E.



wenn gleich A. ein uneheliches Kind ist: so succedirt es doch seiner Tante B. Allein die Cognaten erben nur bis auf den siebenden Grad ausschließlich; das heist, die im sechsten mit dem Erblasser verwandt sind, succediren; im siebenden Grade succediren nur die sobrino sobrinave nati nataeve, wie §. 5. I. h. t. sagt. Nemlich sobrini heissen hier Nachgeschwisterkinder. Deren Kinder bekommen noch bonorum possessionem, andere Cognaten des siebenden Grades nicht, z. E.



wenn B. stirbt, so bekommt A. bonorum possessionem. Wenn aber



D. stirbt: so bekommt C. dessen Erbschaft nicht, ob er gleich auch im siebenden Grade mit dem Verstorbenen verwandt ist.

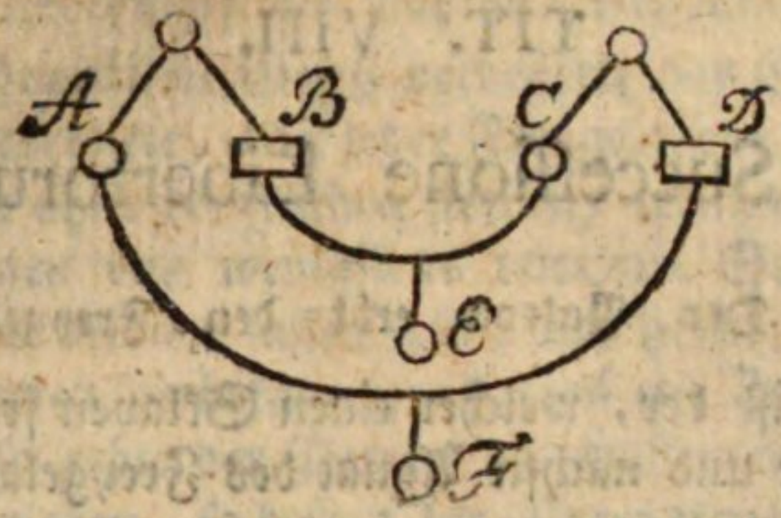
TIT. VI.

De Gradibus Cognationum.

§. 644. Von Zählung der Grade.

Weil aber bey dieser bonorum possessione die Grade gezählt werden mußten: so schaltet hier Justinian die Lehre von der Computation der Grade ein. Ich habe aber diese Materie im Titel de nuptiis ausführlich erklärt. Noch merkt unser Autor an, daß in der Successionsmaterie die Canonische Zählungsart bey uns nicht gilt; auch daß hier auf den respectum parentelae und den Unterschied zwischen der gleichen und ungleichen Seitenlinie nichts ankomme. In Ostfriesland hingegen soll, wie Feltmann am a. O. bezeugt, das Canonische Recht recipirt seyn.

Gelegentlich will ich hier die im §. 155. aufgegebene Räthsel erklären. 1) Die Schwester meiner Tante, die nicht meine Tante ist, ist meine Mutter. 2) Der Mensch, von dem die Rede ist, ist mein Sohn. 3) Das Kind ist meine Schwester. 4) Dieß Räthsel erklärt sich durch folgende Sippschaftstafel.



Die Weibsperſonen B und D können von ihren Kindern E und F ſagen, ihre Väter (A und C) ſind unſere Brüder. (*1)

(1) S. *Lo. Cſtph. Koch* dc ſucceſſ. ab inteſt. p. 289.

TIT. VII.

De Servili Cognatione.

§. 645. Die Sklavenverwandtſchaft wirkt kein Erbrecht.

Die Verwandtſchaften der Sklaven (cognationes ſerviles) wirkten zwar ein Hinderniß der Ehe, aber kein Succeſſionsrecht. Cognatio ſervilis nemlich heiſt die, welche aus einem contubernio entſteht; wenn ein Sklave mit einer Sklavin in der Ehe lebt, und Kinder mit ihr zeugt. So lang ſie in der Sklaverey waren, fiel das Succeſſionsrecht von ſelbſt weg. Wenn aber Sklaven mit ihren Kindern auch freygelaſſen wurden; ſo hatten ſie doch kein Erbrecht im Vermögen der Kinder, die Kinder keins im Vermögen der Eltern und keines unter ſich, weder nach Civil- noch nach Prätoriſchem Rechte.

§. 646. Juſtinians Verordnung.

Juſtinian hob dieſes auf und gab den freygelaſſenen Sklaven ein Succeſſionsrecht auf die Verlaſſenſchaft ihrer in der Sklaverey erzeugten Kinder; den Kindern auf die Erbſchaft der Eltern, und den Geſchwiſtern unter einander. Die Kinder gehen ſelbſt dem Patron in der Succeſſion vor.

TIT. VIII.

De Succeſſione Libertorum.

§. 647. Der Patron erbt den Freygelaſſenen.

Nemlich Patron heiſt der, welcher einen Sklaven frey läßt. Dieſer wurde als der Vater und nächſte Agnat des Freygelaſſenen angeſehen, daher ſuccedirte er auch demſelben.

§. 648. Geſetz der 12. Tafeln.

Die Geſetze der 12. Tafeln ertheilten ihm ſchon dieſes Succeſſionsrecht. Denn ſie ſagten in der fünften Tafel: Si libertus inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit: aſt patronus patronive liberi eſcint: ex ea familia (nemlich des Freygelaſſenen) in eam familiam (des Patrons nemlich) proximo pecunia adduitor; (das heiſt addicitor) die Verlaſſenſchaft ſoll aus der Familie des Freygelaſſenen in die Familie des Patrons vererbt werden, und dem nächſten in dieſer Familie zufallen.

§. 649. In welchem Falle erbt der Patron?

Wenn alſo ein Freygelaſſener ſtarb: ſo ſuccedirte 1) der Patron; war er aber ſchon todt, ſo ſuccedirten 2) ſeine Deſcendenten, und zwar die nächſte allein, denn das Repräſentationsrecht fiel weg. Es wurde aber 3) vorausgeſetzt, daß der Freygelaſſene ab inteſtato ſtarb; denn machte er ein Teſtament, ſo konnte er den Patron ausſchlieſſen. Hatte auch 4) der Freygelaſſene ſuos heredes: ſo giengen dieſe dem Patron vor, weil er nur agnatus war: ſui heredes aber die Agnaten ausſchlieſſen.

§. 650. Edict des Prätors.

Der Prätor änderte hierin verſchiedenes. 1) Wenn der Freygelaſſene keine leibliche Kinder hinterließ: ſo mußte er den Patron auf die Hälfte ſeines Vermögens einſetzen; ſonſt konnte dieſer das Teſtament umſtoſſen, bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuchen. 2) Wenn der Freygelaſſene Adoptivkinder nachließ, und ab inteſtato ſtarb: ſo konnte der Patron ebenfalls die Hälfte der Verlaſſenſchaft fordern.

§. 651. Verordnung des Papisch-Poppäischen Gesetzes.

Das Papisch-Poppäische Gesetz verbesserte das Successionsrecht der Patronen; indem es verordnete, daß jeder Freygelassene, er mochte nun mit einem Testament, oder ohne dergleichen sterben, wenn er weniger als drey Kinder, und ein Vermögen von wenigstens 100000. Sestertien hinterließ, dem Patron eine *portionem virilem* lassen solle; das heist, wenn der Freygelassene z. E. zwey Kinder hatte: so bekam der Patron ein Drittel; hatte der libertus nur Ein Kind: so erbte der Patron die Hälfte des Vermögens. Wenn aber drey Kinder da waren, so bekam der Patron nichts. Betrug das Vermögen keine 100000 Sestertien, so glaubte man zu den Zeiten, da dieses Gesetz gegeben wurde, es sey für den Patron nicht der Mühe werth, mitzuerben.

§. 652. Justinians Verordnung.

Justinian aber verordnete, daß man folgender Gestalt distinguiren solle: entweder hinterläßt der Freygelassene Kinder, oder nicht. Im ersten Fall succediren diese. Im letzten aber ist entweder der libertus wenigstens 100 aureos reich, (centenarius est) oder nicht. Hat er 100 aureos im Vermögen: so succedirt der Patron nicht nur ab intestato, sondern der libertus muß ihm auch im Testament den dritten Theil des Vermögens hinterlassen. Hat er hingegen keine 100 aureos: so succedirt der Patron zwar ab intestato, aber durch ein Testament kann er ausgeschlossen werden. (*1)

(1) Wer mehr von dem Successionsrecht des Patrons wissen will, findet es in *Heineccii* commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. lib. 2. cap. 22.

TIT. IX.

De adsignatione libertorum.

§. 653. Was ist die Assignation eines Freygelassenen?

Nicht nur der Patron, sondern auch seine Kinder hatten ein Successionsrecht im Vermögen des Freygelassenen. Dieses Recht aber wurde zuweilen durch die Assignation des Freygelassenen eingeschränkt. Nemlich ein Patron, der mehrere Kinder, z. E. drey Söhne A. B. und C. und mehrere Freygelassenen z. E. X. Y. Z. hinterließ, assignirte zuweilen jedem Kinde

seinen eigenen Freygelassenen, dem Sohn A. den Freygelassenen X. dem B. den Y. und dem C. den Z. Nun hatte A. allein über den X. das Patronatrecht u. s. w.

§. 654. Wirkung derselben.

Daraus folgte denn, 1) daß nun auch A. und seine Kinder allein dem Freygelassenen X. und der B. seine Kinder allein dem Freygelassenen Y. u. s. w. succedirten. 2) Die Brüder B und C. hatten nur alsdenn ein Successionsrecht auf die Verlassenschaft des X. wenn A. keine Kinder hinterließ, u. s. w.

TIT. X.

De Bonorum Possessionibus.

§. 655. Veranlassung der Bonorum Possession.

Eine practischere und nützlichere Materie, als die bisherigen. Das Successionsrecht gründet sich entweder auf die bürgerlichen Gesetze, oder auf des Prätors Edict. Wir haben bisher das bürgerliche Erbrecht abgehandelt, dieser Titel spricht vom Prätorischen. Der Prätor fand, daß das alte römische Recht in manchen Stücken dunkel, unvollständig oder unbillig war. Er nahm sich daher die Freyheit es zu erklären, zu ergänzen und zu corrigiren. Insonderheit gab er auch vielen Personen ein Erbrecht, die nach den Civilgesetzen dergleichen nicht hatten. Weil er dazu aber wirklich nicht berechtiget war, so versteckte er sich hinter ein Wort. Er nennte das Erbrecht, welches er ertheilte, nicht ius hereditarium, nicht ius succedendi, sondern *bonorum possessionem*. Die neueren Gesetzgeber ahmten den Prätor nach, und gaben unter demselben Namen, manchen Personen ein Erbrecht, welche nach den alten Gesetzen keines hatten.

§. 656. Erklärung derselben.

Bonorum possessio ist also ein Recht, welches der Prätor, oder ein neues Gesetz nach des Prätors Muster auf eine Verlassenschaft ertheilt, und welches in den älteren Gesetzen unbekannt ist. Ich sage, es ist ein Recht auf eine Erbschaft. Dieses Recht besteht entweder in einem wirklichen Successionsrecht, in dem Recht eine Erbschaft zu haben und zu behalten, das nur den Namen *ius hereditarium*, *ius succedendi* nicht führet; oder es ist nur das

Recht

Recht, eine Verlassenschaft, auf die ich ein vermuthliches Erbrecht habe, zu besitzen, und die Alimente daraus zu ziehen, so lang bis ein jetzt zweifelhafter Umstand ausser Zweifel gesetzt werden wird. Im ersten Fall heist sie bonorum possessio *edictalis*, im zweyten *decretalis*. Z. E. wenn der Prätor den emancipirten Kindern bonorum possessionem giebt: so ist es eine edictalis. Denn sie bekommen ein wahres Erbrecht, das in seinen Wirkungen vom iure hereditario civili gar nicht verschieden ist. Wenn aber jemand stirbt, und eine schwangere Wittwe hinterläßt: so wird diese in den Besitz der Verlassenschaft gesetzt, und zieht ihre Alimente daraus, so lange bis man sieht, ob sie ein lebendiges Kind zur Welt bringt. Dieses ist eine bonorum possessio decretalis, und heist *ventris nomine*. Wenn einer stirbt, und ein unmündiges Kind hinterläßt, welches bisher von jedermann für sein wirkliches eheliches Kind ist gehalten worden, dem aber jetzt die Verwandte quaestionem status machen: so kann dieses Kind bitten, daß man es in den Besitz des väterlichen Vermögens setze, bis es mündig ist, und sich erbieten, nach erreichter Mündigkeit den Proceß mit den Verwandten auszumachen. Auch dieß ist eine bonorum possessio decretalis. Sie heist bonorum possessio *ex edicto Carboniano*.

§. 657. Eintheilung in ordinariam und extraordinariam.

Die edictalis gründet sich entweder a) in dem Edict des Prätors, oder b) in einem neuen Gesetz; einer neuen lege, einem neuen Senatusconsult, einer Kaiserlichen Verordnung. Jene heist *ordinaria*, diese *extraordinaria*. Z. E. Der Prätor giebt dem Ehegatten ein Erbrecht, wenn der verstorbene Ehegatte keine Verwandte hinterläßt. Dieß ist also eine ordinaria bonorum possessio. Hingegen K. Hadrian ertheilte durch eine Verordnung den Verwandten eines Soldaten, der wegen eines militarischen Verbrechens zum Tode verurtheilt wird, B. P. Diese war extraordinaria. So hat man bonorum possessiones extraordinarias ex lege Papia, lege Cornelia, SCto Aproniano. (* 1)

(1) *Vinnius* ad §. 3. h. t. n. 1.

§. 658. Die ordinaria ist entweder contra oder secundum tabulas, oder litis ordinandae gratia.

Die ordinaria wird entweder gegeben, wo ein Testament, oder in einem Falle, wo keins vorhanden ist. Die erstere ist entweder a) contra oder b) secundum tabulas, oder c) litis ordinandae gratia. Wenn der Prätor ein nach den Civilgesetzen gültiges Testament umstößt, so sagt man, er habe bonorum

bonorum poſſeſſionem contra tabulas (*1) gegeben. Wenn er aber ein nach den bürgerlichen Geſetzen ungültiges Teſtament bey Kräften erhält, ſo heiſt ſie bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Endlich wenn der Prätor einem Enterbten blos zu dem Ende bonorum poſſeſſionem giebt, damit er querelam inofficioſi gegen das Teſtament anſtellen kann: ſo heiſt ſie bonorum poſſeſſio litis ordinandae gratia, und dieſe iſt weder contra noch ſecundum tabulas. (*2)

(1) Auch wohl B. P. contra lignum, weil die Alten vieles auf hölzerne Tafeln ſchrieben. L. 19. D. de B. P. contra tab.

(2) *Voetius* ad Pandect. Tit. de B. P. contra tab. n. 2. *Weſtenberg* ibid. §. 9. *Vinn.* ad §. 3. I. h. t. n. 1. Zwar behauptet *Averanius* lib. 1. interpr. c. 7. die B. P. contra tabulas ſtoſſe das Teſtament nicht um. Allein ſeine Gründe beweiſen nur, daß das Teſtament nicht ganz umgeſtoſſen wird. Die B. P. contra tabulas hat ungefähr dieſelbe Wirkung, wie die querela inofficioſi. Daß aber durch dieſe das Teſtament umgeſtoſſen werde, iſt auſſer Zweifel.

§. 659. Fälle der B. P. contra tabulas.

Die B. P. contra tabulas wird 1) von den emancipirten Kindern geſucht. Nemlich die emancipirten Kinder ſind entweder eingeſetzt, oder präteriret oder enterbt. Sind ſie präteriret: ſo bekommen ſie B. P. contra tabulas. Wenn ſie aber enterbt ſind: ſo iſt es entweder in der gehörigen Form (rite) geſchehen, oder nicht. Im letzten Fall bekommen ſie ebenfalls B. P. contra tabulas. Im erſten aber bekommen ſie eine B. P. *ſine re, ſive litis ordinandae gratia.* Sie bekommen den wirklichen Beſitz des Vermögens nicht. Die B. P. dient ihnen blos dazu, daß ſie die querelam inofficioſi anſtellen können. (*1) Nach der 115. Novelle muß man aber noch einmal diſtinguiren: entweder iſt die Exheredation aus einer geſetzlichen im Teſtament ausgedrückten Urſache geſchehen, oder nicht. Im erſten Fall muß der Enterbte B. P. *ſine re* ſuchen; im letzten aber, glaube ich, kann er B. P. contra tabulas *cum re* bitten. Denn ein *ſuus* kann in dieſem Falle nach der richtigern Meynung (§. 528.) querelam nullitatis anſtellen. Wo aber dem ſuo dieſe Klage zuſteht: da bekommt der emancipatus B. P. contra tabulas cum re. Von dem heutigen Gebrauch dieſer B. P. habe ich oben in §. 527. geredet. 2) Sucht der Patron B. P. contra tabulas, wenn ihn der libertus übergangen hat, (§. 650.) und 3) der Vater gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohnes, worin er präterirt iſt.

(1) *Frid. Guil. Car. Sartorius* in diſſ. de B. P. quam contra tabulas parentum liberi agnoſcunt. Lipſ. 1775.

§. 660. Fälle, worin B. P. secundum tabulas statt findet.

Die B. P. secundum tabulas hat in folgenden Fällen statt: 1) wenn ein Testament vorhanden war, das sieben Zeugen untersiegelt hatten, so gab der Prätor dem darin ernennten Erben B. P. obgleich die alte Methode zu testiren per aes et libram nicht beobachtet worden war. Also das Testament mußte schriftlich seyn; aus mündlichen Testamenten gab der Prätor anfangs keine B. P. Nach den neuern Gesetzen fällt diese B. P. weg. Denn ein Testament erfordert mehr Sollennitäten als das Untersiegeln der sieben Zeugen.

2) Wenn ein postumus suus, (d. i. Jemand, der nach der Errichtung des Testamentes in die väterliche Gewalt des Testators gekommen ist,) prätériret ist, aber vor dem Testator stirbt. Nach den Civilgesetzen war das Testament durch den Postumus ruptum geworden, und blieb es, obgleich der Postumus starb. Der Prätor aber erhielt es. Denn warum sollte es nicht gelten, da der Postumus, um dessen willen es ungültig geworden war, nicht mehr existirte?

3) Ein schon zur Zeit der Testamentsverfertigung geborner Sohn ist übergangen, das Testament ist also null. Nach den Civilgesetzen blieb es auch null, wenn der Sohn gleich vor dem Vater mit Tode abgieng, oder von der väterlichen Erbschaft abstinirte. (* 1) Der Prätor aber hielt es aufrecht.

4) Wenn ich meinen Sohn im Testament übergieng, so war es null; gesetzt auch daß der Sohn in die Präterition consentirte. Denn die Erbverträge waren durchaus bey den Römern verboten. Man konnte also auf keine Erbschaft bey Lebzeiten des Eigenthümers gültig renunciiren. Allein der Prätor gab bonorum possessionem aus diesem Testament.

5) Ein Testament, das einmal irritum geworden war, blieb nach den Civilgesetzen allezeit irritum. Aber der Prätor erklärte, wenn ein Testament durch die Capitisdeminution des Testators irritum geworden, der Testator aber vor seinem Absterben wieder ein römischer Bürger und homo sui iuris geworden sey: so wolle er B. P. aus dem Testament geben.

6) Ein erstes Testament wird durch ein zweytes aufgehoben. Und wenn der Testator auch nachher gleich das zweyte wieder zernichtet, in der Absicht, daß das erste gelten solle: so bleibt dieß doch nach dem Civilrecht ungültig. Der Prätor hingegen erklärt es für gültig.

7) Wenn sich zwey Testamente mit einerley Datum finden, und man nicht weiß, welches das neueste sey, so gilt nach dem bürgerlichen Recht keins von beyden; der Prätor giebt aus beyden bonorum possessionem.

8) Wenn ein Erbe unter einer affirmativen Bedingung eingesetzt ist, die entweder nicht in seiner Gewalt steht, oder die er doch nicht sogleich erfüllen kann: so kann er bonorum possessionem bitten, zu dem Ende, daß er die Erbschaft als curator einstweilen administriren darf. Er muß aber Caution stellen, daß er sie, im Fall die Bedingung nicht erfüllt wird, wieder herausgeben wolle. Alle diese bonorum possessiones sind noch heutiges Tages in Uebung, und wer zur Erbschaft gelangen will, muß zu diesem Prätorischen Hülfsmittel seine Zuflucht nehmen. Es ist also ein grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der B. P. keinen practischen Nutzen habe. (*2)

(1) *Averan.* lib. 1. interpret. Cap. 10. et 11.

(2) *Contii* tract. de hered. et bon. poff. in opp. p. 281. *Stryk* de succeff. ab inteſtat. diff. 9. cap. 4. §. 1. ſqq. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 4. Obſ. 1. ſqq.

§. 661. Gattungen der B. P. ab inteſtato.

Die B. P. ab inteſtato hatte vier Grade 1) B. P. ex edicto unde liberi, 2) ex edicto unde legitimi, 3) ex edicto unde cognati, 4) ex edicto unde vir et uxor. Nach dem alten römiſchen Recht gab es noch mehr Arten der B. P. die in der Note erzählt ſind, und deren Erklärung Vinnius giebt; (*1) aber Juſtinian hat ſie abgeſchafft.

(1) Ad §. 1. I. h. t.

§. 662. Von der B. P. ex edicto unde liberi.

B. P. ex edicto unde liberi bekamen die emancipati; auch die ſui, wenn ſie wollten. Denn ob ſie gleich nach den bürgerlichen Geſetzen ſuccedirten, und folglich keine B. P. nöthig hatten: ſo gab ſie ihnen der Prätor doch auch, wenn ſie darum baten. Nach dem Recht der Novellen ſuccediren die emancipirten Kinder ſo gut als die ſui, bedürfen alſo auch der B. P. nicht mehr.

§. 663. Ex edicto unde legitimi.

B. B. ex edicto unde legitimi bekamen die Agnaten. Sie hatten zwar auch ein ius ſuccedendi civile. Indeſſen konnten ſie doch bonorum poſſeſſionem bitten. Der Prätor ſuchte ſein geſetzwidriges Verfahren dadurch einigermaſſen zu maſkiren, daß er auch ſolchen Perſonen B. P. verſprach, welchen ein Erbrecht nach den Civilgeſetzen zuſtand.

§. 664. Ex edicto unde cognati.

Das *edictum unde cognati* versprach den Cognaten im Fall, daß keine Agnaten vorhanden waren, bonorum possessionem. Doch mußten sie im sechsten Grade, nicht weitläuftiger, mit dem Verstorbenen verwandt seyn. (§. 643.) Der Prätor machte aber ausser diesem allen wegen der B. P. noch ein Edict, welches edictum successorium heist. Er setzte nemlich fest: 1) daß wenn mehrere zur Succession gleich nahe Personen da wären, und eine von ihnen ihre Erbportion nicht haben wollte oder könnte, diese den andern accresciren sollte; 2) daß wenn der gradu proximus wegfiel, (starb, ehe er angetreten hatte, oder repudiirte,) die Erbschaft auf den folgenden fallen sollte. Nach dem Civilrecht hatte nur eine *successio ordinum* statt; wenn keine sui vorhanden waren, so succedirte ordo agnatorum; wenn keine Agnaten vorhanden waren, so erbten die gentiles; aber keine *successio graduum* griff Platz. Denn wenn der nächste Agnat nicht wollte oder nicht konnte Erbe seyn: so bekam darum der folgende die Erbschaft nicht. (§. 635.) Aus dem edicto successorio folgt nun: a) daß wenn der nächste Agnat wegfiel, die folgenden Agnaten, (wiewohl nicht als Agnaten, sondern als Cognaten,) und b) wenn die nächsten Cognaten wegfielen, die folgenden Cognaten zur B. P. gelangten. (*1)

(1) *Vinnius* ad §. 4. h. t.

§. 665. Ex edicto unde vir et uxor.

Wenn gar keine Verwandte des Verstorbenen vorhanden waren: so bekam der überlebende Ehegatte B. P. ex edicto unde vir et uxor; nur mußte er in einer wahren Ehe gelebt, und diese mußte bis zum Absterben des Erblassers fortgedauert haben. Diese B. P. ist noch heutiges Tages nöthig, wenn ein Ehegatte den andern erben will, der kein Erbrecht aus der 83. Novelle herleiten kann. (§. 702.)

§. 666. Zeit, binnen welcher die B. P. gebeten werden muß.

Um die bonorum possessionem muß man bey der Obrigkeit bitten. Darin ist sie von der Civilsuccession verschieden. Wenn mir ein Successionsrecht nach dem Prätorischen Rechte zukömmt: so ist es nöthig, daß ich gerichtlich erkläre, ich wolle Erbe seyn. Kinder und Eltern müssen binnen einem Jahr, andere Personen binnen 100 Tagen darum bitten. Diese Zeiten sind aber tempora *utilia*. Was das heist, erklärt die Note.

Die Zeit wird in den römischen Gesetzen in tempus utile und continuum eingetheilt: 1) in Rücksicht auf ihren Anfang, 2) in Rücksicht auf den Lauf.

Tempus contiuuum ratione initii heist eine Zeit, die mir sogleich lauft, sobald ein gewisser Vorfall sich ereignet hat, ich mag nun Wissenschaft von dem Vorfall haben, oder nicht. *Tempus utile ratione initii* heist die Zeit, welche mir nicht eher zu laufen anfängt, als bis ich Nachricht von dem Vorfall habe. Z. E. die hereditatis petitio civilis dauert 30 Jahre; diese aber fangen sogleich an zu laufen, sobald der Erblasser mit Tode abgeht, und dem Erben die Verlassenschaft zufällt, er mag nun das Absterben des Erblassers erfahren oder nicht. Diese 30 Jahre sind also tempus continuum ratione initii. Hingegen die Zeit, binnen welcher die bonorum possessio gesucht werden muß, ist utile ratione initii. Denn sie fängt erst an zu laufen, wenn man Wissenschaft erhält, daß der Erblasser gestorben sey, und einem bonorum possessio zukomme. (*1)

Tempus continuum ratione cursus heist ein Zeitraum, worin alle Tage gezählt werden, sie mögen Gerichtstage oder Gerichtsferien seyn. *Tempus utile ratione cursus* eine Zeit, worin nur die Tage gezählt werden, an denen Gericht gehalten wird. Z. E. Wenn die Gesetze sagen, daß die Erbschaftsklage binnen 30 Jahren angestellt werden müsse: so werden 365 Tage für ein Jahr gerechnet, ohne darauf zu sehen, ob sie Gerichtstage oder Ferien sind. Hingegen wenn der Prätor sagt: man solle binnen 100 Tagen bonorum possessionem bitten: so zählt er nur die Gerichtstage; die Tage, an welchen kein Gericht gehalten wird, werden übergangen. Jene Zeit ist also tempus continuum, diese tempus utile ratione cursus.

Man sieht aus dem bisher gesagten, daß die Zeit, binnen welcher B. P. gesucht werden muß, auf doppelte Art tempus utile ist, sowohl in Rücksicht des Anfanges als in Absicht des Laufes. Es giebt aber auch Zeitfristen, die in Absicht des Anfanges continua, in Rücksicht auf den Lauf hingegen utilia tempora sind; und umgekehrt giebt es tempora ratione initii utilia, ratione cursus continua, wie in den Pandecten gezeigt wird. (*2)

(1) Daher kann die B. P. noch gesucht werden, wenn die hereditatis petitio aus den Civilgesetzen schon verjährt ist. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. Obs. 7.

(2) Die beste Schrift in dieser Materie ist: *Rücker* Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure, die mit seinen observationibus und interpretationibus zu Leiden 1749. 8. herausgekommen ist.

TIT.

TIT. XI.

De adquisitione per arrogationem.

§. 667. 668. Was ist die Erwerbung durch Arrogation.

Der dritte modus adquirendi universalis ist die *adquisitio per arrogationem*. Wir haben im 11. Titel des ersten Buches gehört, was die Arrogation ist; die Annehmung an Kindesstatt eines Menschen, der bisher sui iuris, oder pater familias war. Nun hatte nach dem alten römischen Recht ein filius familias kein Eigenthum. Wenn sich also ein homo sui iuris arrogiren ließ: so acquirirte der pater arrogator dessen ganzes Vermögen; die arrogatio war also ein modus adquirendi universalis. Sogar die Possession gieng ipso iure auf den arrogatorem über. (*1)

(1) *Vinn.* ad §. I. h. t.

§. 669. Gewisse Rechte werden durch die Arrogation nicht erworben.

Weil aber diese Arrogation zugleich eine Capitisdeminution war: so bekam der arrogator die Rechte nicht, welche durch die Capitisdeminution zu Grunde giengen; das heist die iura personalissima. Dergleichen war 1) das Recht des Patrons auf operas officiales. Wenn nemlich der arrogatus Freygelassene hatte, die ihm operas officiales leisten mußten: so konnte der arrogator diese Dienste nicht fordern. In Ansehung der operarum artificialium oder fabrilium ist ein anderes zu behaupten. 2) Das ius agnationis. Die Rechte, welche der arrogator als Agnat seiner Familie hatte: z. E. das Successionsrecht gieng nicht auf den arrogatorem über. 3) Nach dem alten Recht gieng auch der usus und ususfructus, der dem arrogato zustand, nicht auf den arrogatorem. Allein dieß hat Justinian abgeschafft.

§. 670 Auch die Verbindlichkeiten gehen nicht auf den Arrogator.

Die Verbindlichkeiten des arrogati aber übernahm der arrogator auch nicht. Denn man sah sich ebenfalls als etwas ganz persönliches (personalissimum quid) an.

§. 671 Justinians Verordnungen.

Da nach den neuern Gesetzen ein Sohn Eigenthum haben kann: so verordnete Justinian: 1) der arrogator solle nur den Niesbrauch des peculii adventitii

venitii bekommen; denn da der leibliche Vater nicht mehr hat, so kann dem arrogatori auch nicht mehr zustehen. 2) Daß die Gläubiger des arrogati den arrogatorem sollen belangen können, und daß, wenn er sie nicht bezahlen will, er ihnen das Vermögen des Sohns abtreten soll.

TIT. XII.

De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

§. 672. 673. 674. Was ist die addictio libertatum servandarum causa?

Der vierte modus adquirendi ist die addictio bonorum libertatum servandarum causa. Wenn ein verschuldeter Mensch in seinem Testament Sklaven frey ließ, der eingesetzte Erbe aber sowohl als die Intestaterben repudiirten: so wurde das Testament destituirt, und die Freylassung kam nicht zu Stande. Kaiser Marcus Antoninus aber erlaubte, daß die Verlassenschaft den freygelassenen Sklaven, oder einem von ihnen, oder auch einem andern Menschen als einem quasi bonorum possessori heimgewiesen werden dürfte, wenn er den Creditoren Caution stellte, daß er sie wegen Capital und Zinsen befriedigen wolle. Auf diese Weise blieben die Manumissionen bey Kräften, der Ehre der Verstorbenen wurde geschont, und die Gläubiger litten keinen Schaden.

TIT. XIII.

De Successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditiones, et ex SCto Claudiano.

§. 675. 676. Was ist die Erwerbung durch sectionem bonorum?

Der fünfte modus adquirendi universalis heist *sectio*, oder *venditio bonorum*. Secare heist nemlich bey den Alten so viel als versteigern, in einer Auction verkaufen und sectio eine Auction. Daher glaubt Bynkers-

hök

hök am a. O. nebst andern, das Zwölftafelgesetz: debitorem obaeratum creditores *secanto* trans Tiberim, wolle nichts anders sagen, als man solle den Schuldner verkaufen.

§. 776. Wie geschah sie?

Wenn nemlich jemand concursmäßig wurde: so wurde sein Vermögen den Gläubigern zugeschlagen, und diese bestellten einen Curator, welcher die Masse an einen Käufer überließ. Dieser aber mußte sich verbindlich machen, den Gläubigern entweder ihre ganze Forderungen oder gewisse Procente zu bezahlen. Er war also ein succeſſor universalis des Schuldners. Heutiges Tags wird zwar, wenn ein Concurs entsteht, auch ein curator massae bestellt, aber die Ueberlassung der ganzen Masse an Einen Käufer ist nicht gewöhnlich.

§. 677. 678. 679. Verordnung des Claudianischen Rathschlusses.

Das SC. Claudianum verordnete, daß wenn eine freye Weibsperson einem Sklaven beyschlief, (denn bey den Römern liessen sich die freyen Damen eben sowohl von Sklaven lieben, als heutiges Tages zuweilen ein gnädiges Fräulein vom Reitknechte,) und der Herr des Sklaven ihr dreymal diesen Umgang untersagt habe, sie aber dem ungeachtet ihn fortsetze: so solle der Richter sie dem Herrn auf dessen Verlangen als Sklavin zusprechen. Der Herr acquirirte also sie und ihr ganzes Vermögen. (* 1) Justinian hob diesen modum adquirendi auf, weil er *indignus suis temporibus* sey, wie er sagt. Ob dieß ein Compliment oder eine Satyre auf sein Zeitalter seyn soll, weiß ich nicht.

(1) Eine vollständige Erläuterung des Claudianischen Rathschlusses gibt *d' Arnaud* Lib. 1. Coniect. Cap. 20. Man s. auch *Burgii* elect. cap. 8. Thesaur. *Otton.* Tom. 1. p. 322.

§. 680. Von der neuen Intestatfolge.

Wir haben bisher die Intestatfolge kennen gelernt, wie sie nach dem alten römischen Recht beschaffen war. Justinian aber hat in der 118. Novelle eine neue Successionsordnung eingeführt, die wir nun umständlich betrachten wollen.

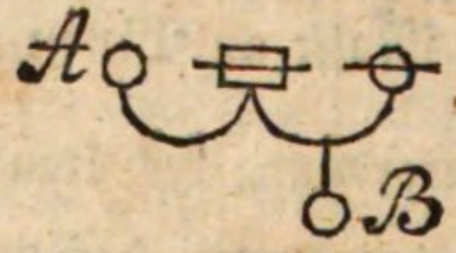
De successione ab intestato secundum Nov. CXVIII.

§. 681. Allgemeine Grundsätze derselben.

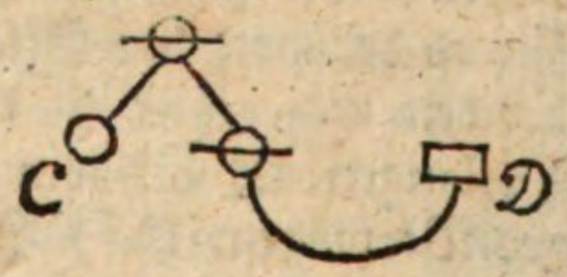
Justinian hat nemlich festgesetzt, 1) daß alle Blutsfreunde ab intestato succediren, dergestalt a) daß der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten

naten gänzlich wegfällt; der nähere Agnat schließt den entfernteren Cognaten aus, und umgekehrt. b) Daß die emancipirten so gut als die *sui* succediren, doch mit dem Unterschiede, daß die sui *ipso iure* Erben sind, die emancipirten Kinder aber antreten müssen. (§. 162.) 2) Ausser den Blutsfreunden succediren auch einige andere Personen, aus besondern Gründen. Doch gehen die Blutsfreunde diesen andern Personen der Regel nach vor. Einige Fälle sind ausgenommen die im §. 702. und 703. vorkommen werden.

Ich habe gesagt: alle Blutsfreunde succediren ab intestato. Schwägerschaft giebt kein Successionsrecht, und wenn sie noch so nahe ist. Daher succedirt z. E.

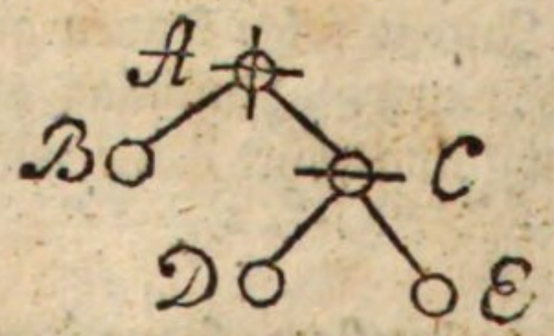


der Stiefvater A. seinem Stiefsohn B. nicht.



C. erbt den D. nicht.

Noch muß ich anmerken, daß man in einem Successionsschema denjenigen von dessen Erbschaft die Rede ist, doppelt durchstreicht; die Personen aber, welche zwar tod sind, von deren Succession aber jetzt die Frage nicht ist, Einmal ausstreicht, z. E.



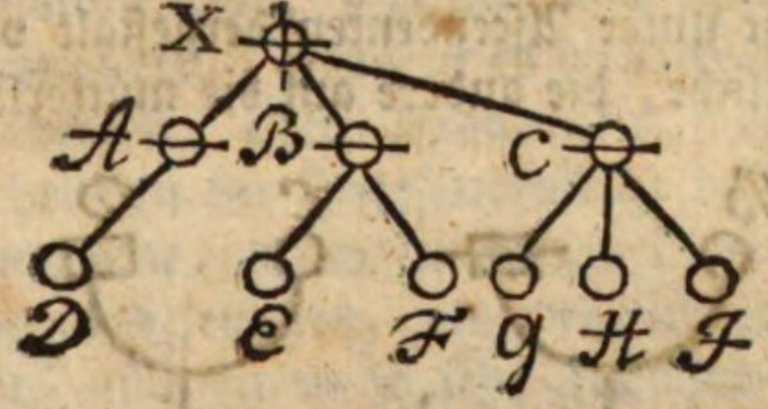
in diesem Schema ist A. doppelt durchstrichen, weil von seiner Verlassenschaft und Erbfolge die Rede ist; C. ist Einmal durchstrichen, denn er ist tod, aber die Frage ist jetzt nicht von seiner Erbschaft. B. D. und E. sind noch am Leben. (* 1)

(1) An-

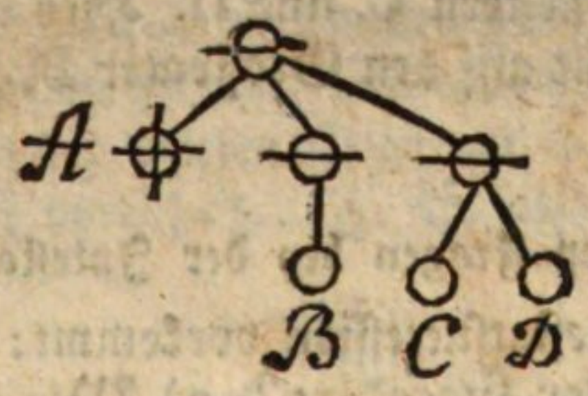
(1) Andere bedienen sich anderer Zeichen. S. *Birkner* diss. de successione unilateralium p. 23. sqq.

§. 682. Was ist Repräsentationsrecht, Succession auf Köpfe, Stämme und Linien?

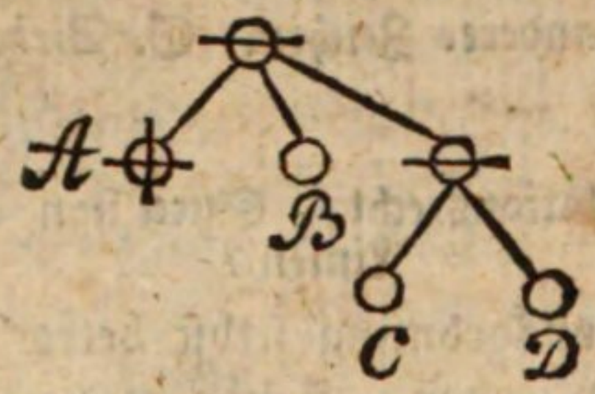
Ehe wir die Successionsordnung selbst betrachten können, müssen wir einige Redensarten verstehen lernen, welche in dieser Materie üblich sind. 1) Das Repräsentationsrecht ist das Recht die Erbportion zu erhalten, die mein verstorbener Ascendent würde bekommen haben, wenn er noch am Leben wäre, z. E.



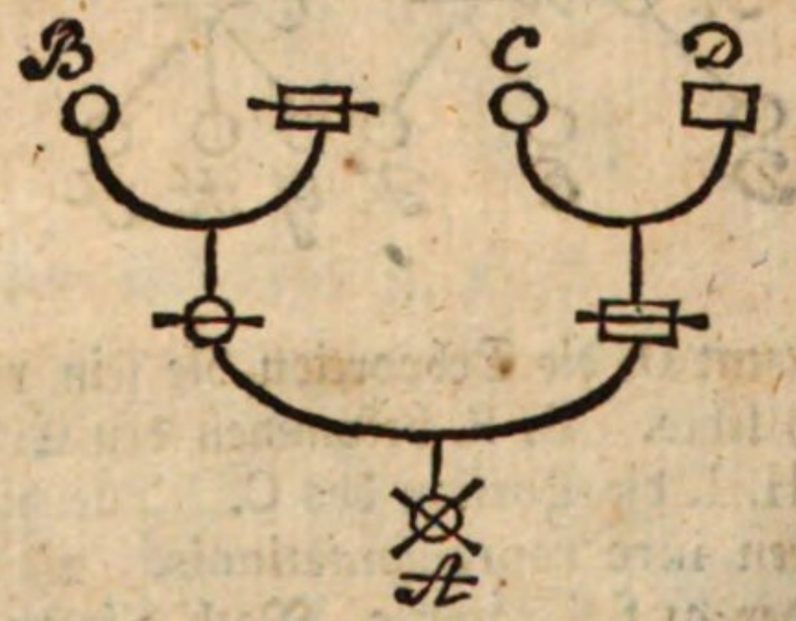
wenn X. stirbt, so bekommt D. die Erbportion die sein verstorbener Vater A. bekäme, wenn er noch lebte. E. F. bekommen den Erbtheil ihres verstorbenen Vaters B. und G. H. I. die Portion des C. Alle diese Personen also D. E. F. G. H. I. succediren iure repraesentationis. 2) Die Succession geht entweder auf Köpfe oder auf Stämme. Nach Köpfen wird succedirt, wenn so viele Erbtheile gemacht werden, als succedirende Personen vorhanden sind, Z. E.



wenn die Erbschaft des A. zu vertheilen ist: so werden drey Theile gemacht, denn es sind drey Erben vorhanden, B. C. und D. Hier wird also in capita succedirt. Hingegen auf Stämme geht die Erbschaft, wenn mehrere Personen, welche iure repraesentationis erben, nur Eine Portion bekommen; die Portion nemlich, welche der, den sie repräsentiren, erhalten hätte, z. E.



Die Verlassenschaft des A. soll getheilt werden. Jetzt werden zwey gleiche Theile gemacht, den einen bekommt B. den andern C. und D. Die Erbschaft wird also nach Stämmen vertheilt. 3) Succession nach Linien ist vorhanden, wenn die Erbschaft unter Ascendenten dergestalt vertheilt wird, daß die eine Hälfte auf die väterliche, die andere auf die mütterliche Linie fällt. Z. E.



A. stirbt und hinterläßt auf väterlicher Seite einen Großvater B. auf mütterlicher Seite aber beyde Großeltern C. und D. Hier wird die Erbschaft in zwey Theile getheilt, der eine fällt auf den Großvater B. der andere auf die Großeltern C. und D.

§. 683. Zwey Fragen bey der Intestatsuccession.

Wenn ein Fall der Intestatsuccession vorkommt: so sind allezeit zwey Fragen zu beantworten: 1) Wer succedirt? 2) Wie viel bekommt er? Ich werde bey jeder Successionsclasse auf diese zwey Fragen Antwort ertheilen.

§. 684. Vier Classen der Verwondten.

Die Succession der Verwandten geschieht nach vier Classen oder Ordnungen. In der ersten Classe succediren alle Descendenten des Verstorbenen. In der zweyten: die nächste Ascendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder. In der dritten: Halbgeschwister und deren

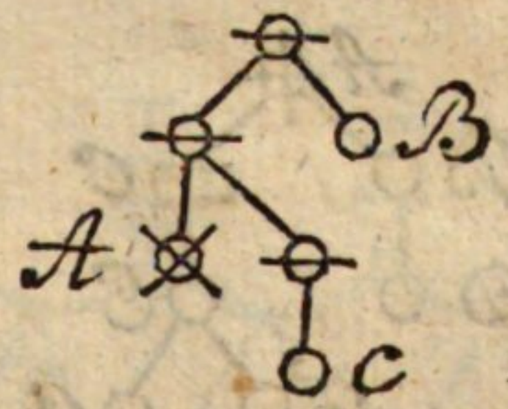
deren Kinder. Endlich in der vierten: Alle übrige Verwandten, welche nach dem Grade die nächſten ſind. Man hat dem Gedächtniß zur Hülfe dieſe vier Claſſen in folgende Verſe gebracht:

Deſcendens omnis ſuccedit in ordine primo:
Aſcendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius.
Denique proximior reliquorum quisque ſuperſtes.

Juſtinian macht in der 118. Novelle 3 Claſſen: ordinem deſcendentium, aſcendentium und collateralium, und auf dieſe Weiſe tragen denn auch faſt alle Juriſten dieſe Materie vor. Nun iſt es freylich wahr, daß die Inteſtaterben entweder Deſcendenten, oder Aſcendenten, oder Collateralverwandte ſind. Aber daß die Lehre von der Inteſtaterbfolge weit ordentlicher und leichter vorgetragen werden könne, wenn man vier Claſſen, als wenn man nur drey feſtſetzt, wird Niemand leugnen, als wer ſich ſchon allzutief in die alte Methode hineingedacht, und daran ſo ſehr gewöhnt hat, daß ihm die neue beſſere unnatürlich vorkommt. Dieſe neue Lehrart hat der mir unbekannte Verfaſſer der vorhin angeführten Gedächtnißverſe vorgezeichnet, und Herr Kanzler Koch hat das Verdienſt die Lehre von der Inteſtatfolge zuerſt nach dieſem Plane meiſterhaft abgehandelt zu haben.

Bey den vier Claſſen ſind folgende Regeln zu bemerken:

1) **Die vorhergehende Claſſe ſchließt jedesmal die folgende aus.** So lang Perſonen der erſten Claſſe vorhanden ſind, kommt Niemand zur Succeſſion, der in die zweyte Claſſe gehört. Sind Perſonen aus der zweyten Claſſe da, ſo fallen die Perſonen der dritten Ordnung aus, ſo wie dieſe wieder den Perſonen der vierten Claſſe vorgehen. Z. E. alſo



wenn A. ſtirbt, ſo erbt C. allein, B. ſuccedirt nicht mit; ob ſie gleich in einerley Grad mit dem Verſtorbenen verwandt ſind, denn C. gehört in die zweyte, B. erſt in die vierte Claſſe.

2) Personen, die in derselben Classe stehen, schliessen einander nicht aus, sondern sie succediren mit einander. Z. E. in der zweyten Classe stehen a) Ascendenten, b) Geschwister und c) deren Kinder; sie kommen also zusammen zur Succession.

Diese beyde Regeln, die soviel Licht über die ganze Materie verbreiten, und sie dem Anfänger so faßlich machen, lassen sich nicht geben, wenn man die Sache nach der gemeinen Methode vorträgt.

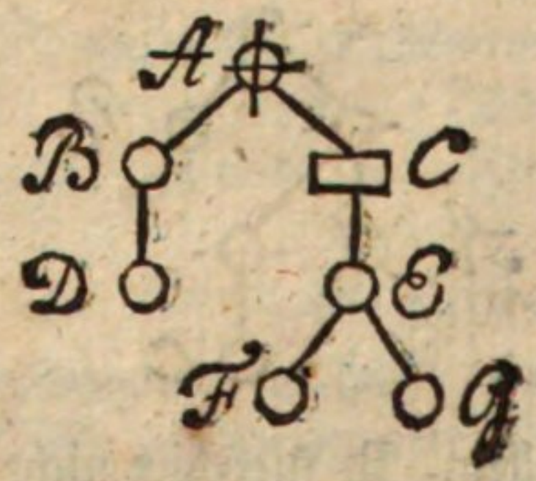
Erste Classe.

§. 685. Wer erbt in der ersten Classe?

In der ersten Classe succediren also die **Descendenten** des Verstorbenen. Nur müssen sie in Rücksicht auf die Succession **legitim** seyn. Dieß sind nicht alle Descendenten; denn sie sind entweder **leibliche** Descendenten oder **adoptirte**; jene sind entweder von **ehelicher Geburt**, oder von **unehelicher**; die eheliche sind entweder **ehelich** geboren oder **legitimirt**.

§. 686. Von den ehelichen Descendenten.

Die **ehelich geborne** succediren alle; sie mögen **männliche** oder **weibliche**, *sui* oder nicht *sui*, in einem **nahen** oder entfernten Grade verwandt seyn. Wenn einer auch im hundertsten Grade mit dem Verstorbenen verwandt wäre, aber seine Verwandtschaft gehörig beweisen könnte: so würde er ein Erbrecht haben. **Nur muß in dieser Classe Niemand zwischen mir und dem Verstorbenen stehen**, oder in derselben Linie, worin ich bin, muß kein näherer seyn. Das heist, wenn der Vater oder die Mutter noch leben und erben, so bekommen ihre Kinder nichts, lebt der Großvater noch, so fallen seine Enkel aus.



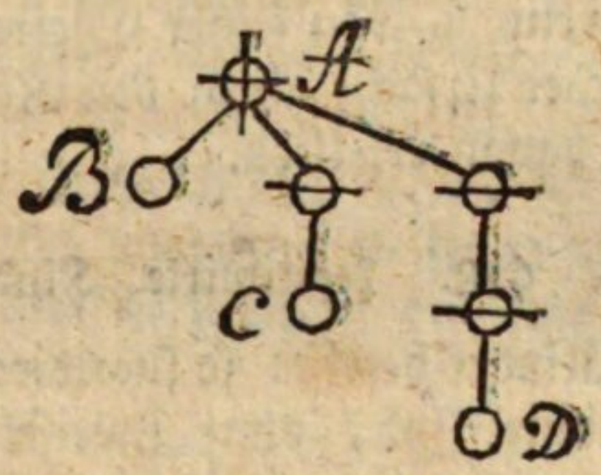
wenn

wenn A. ſtirbt: ſo erben B. und C. Hingegen D. E. F. und G. kommen nicht mit zur Succeſſion.

Erſte Anmerkung. Die Emancipirte haben alſo keine bonorum poſſeſſionem contra tabulas oder ex edicto unde liberi mehr nöthig. Ihr Succeſſionsrecht gründet ſich auf das Civilrecht.

Zweyte Anmerkung. Die Kinder ſuccediren auch der Mutter und Großmutter nach dieſem Geſetz, und brauchen ſich nicht mehr auf SCtum Orphitianum zu berufen.

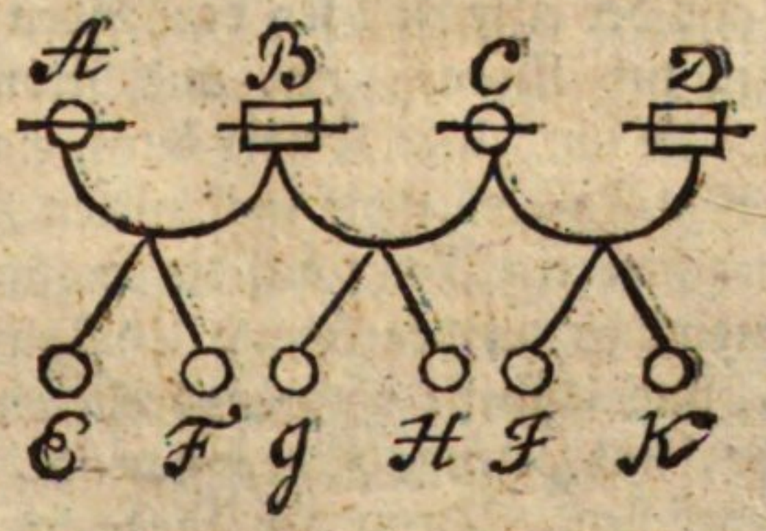
Dritte Anmerkung. Das Repräſentationsrecht hat in dieſer Claſſe bis ins unendliche ſtatt. Wenn ich ein Deſcendent des Verſtorbenen bin: ſo erbe ich mit, obgleich andere dem Grade nach nähere Deſcendenten vorhanden ſind. Z. E.



Wenn A. mit Tode abgehet, ſo erben B. C. und D. obgleich B. im erſten, C. im zweyten und D. im dritten Grade iſt. Denn C. repräſentirt ſeinen Vater, D. ſeinen Großvater.

§. 687. Von Kindern aus verſchiedenen Ehen.

Wenn Kinder aus verſchiedenen Ehen vorhanden ſind: ſo ſuccediren ſie dem gemeinſchaftlichen Parens, (Vater oder Mutter,) dem beſondern aber ſeine Kinder allein. Z. E.



B. und C. sind die gemeinschaftliche Eltern; A. und D. die besondere. Dem A. succediren also allein E. und F. — Der B. succediren E. F. G. und H. — Den C. erben G. H. I. und K. — Endlich der D. Erben sind I. und K. Noch eine Bemerkung aber macht der Autor: ita tamen u. s. w. Diese wird sich am besten verstehen lassen, wenn ich sie sogleich auf das gegebene Exempel anwende. Wenn die B. etwas von ihrem verstorbenen Manne geerbt hatte, z. E. 4000. Thlr. so verlor sie das Eigenthum davon, als sie zur zweyten Ehe mit dem C. schritt, sie behielt blos den Nießbrauch. Das Eigenthum fiel auf ihre Kinder E. und F. Wenn sie nun also auch mit Tode abgehet: so behalten diese Kinder die 4000 Thlr. allein; G. und H. bekommen nichts davon. Ich sage E. und F. behalten dieses Geld; man kann nicht eigentlich sagen, daß sie es erben; denn es gehörte ihnen schon vor dem Tode der Mutter. So auch wenn C von seiner Ehefrau 3000 Thlr. geerbt hätte: so würden diese aus gleicher Ursache allein den Kindern I. und K. verbleiben; G. und H. würden nichts davon erhalten.

§. 688. Legitimirte Kinder.

Was die legitimirte Kinder betrift: so succediren 1) die, welche durch die nachfolgende Ehe legitimirt sind, ohne Zweifel so gut als legitim geborne. 2) Die durch ein Rescript nicht *plene* legitimirte Kinder sind in der Succession wie uneheliche Kinder anzusehen; diese Legitimation wirkt gar kein Successionsrecht. Hingegen 3) die Rechte der durch Rescript *plene* legitimirten sind nicht so ausgemacht. Einige Juristen (* 1) behaupten, sie hätten völlig dieselbe Rechte, wie ehelich geborne Kinder. Andere glauben den ehelich gebornen Kindern gebühre der Pflichttheil zum voraus; in dem übrigen Vermögen succedirten die legitimirte mit den ehelich gebornen. (* 2) Die dritte, und wie ich glaube richtige Meynung ist: man muß distinguiren: entweder geschah die Legitimation der unehelichen Kinder erst nachdem die eheliche Kinder schon geboren waren; oder sie geschah vorher, ehe noch eheliche Kinder vorhanden waren. Gesetzt also der erste Fall sey vorhanden, nemlich ich habe die uneheliche Kinder gezeugt; nun heyrathe ich, und bekomme auch eheliche Descendenz. Darauf lasse ich die uneheliche Kinder durch ein landesherrliches Rescript legitimiren. In diesem Fall erben die legitimirten Kinder nichts. Denn die ehelich geborne hatten schon ein Recht auf die Erbschaft, das ihnen durch die Legitimation nicht genommen werden konnte. Man nehme aber an, ich habe uneheliche Kinder, und lasse sie vom Landesherrn legitimiren. Nunmehr schliesse ich eine Ehe, und erzeuge Kinder darin. Hier erben die legitimirten Kinder mit den ehelichen. Denn der Landesherr wollte ihnen dieses

Recht

Recht ertheilen, und konnte es auch, indem noch keine eheliche Kinder vorhanden waren, denen durch die Legitimation etwas entzogen worden wäre. (*3)

(1) *Georg Henr. Ayrer* diſſ. de reſcripto legitimationis Principis, pleniſſimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exſtent, Goett. 1743. *Koch* de ſucceſſ. ab inteſtato, §. 29.

(2) Dieß iſt die gemeine Meynung, welche auch *Georg Sam. Madihn* diſſ. de legitime natorum portione legitima in ſucceſſione cum legitimatis, Hal. 1755. vertheidigt.

(3) *Pufendorf* l. c. hat dieß weiter ausgeführt.

§. 689. Von der Erbfolge der Adoptivkinder.

Man wird ſich aus dem Titel de adoptionibus erinnern, daß die Annehmung an Kindesſtatt eines Menſchen, der ſein eigner Herr iſt, arrogatio; die Annehmung eines ſolchen aber, der noch in väterlicher Gewalt ſtand, adoptio ſtricte heiſt. Dieſe letzte iſt entweder plena, oder minus plena. Wenn nemlich ein Aſcendent ſeinen Deſcendenten z. E. der Großvater ſeinen Enkel, der Urgroßvater ſeinen Urenkel adoptirt: ſo iſt es adoptio plena. Adoptire ich aber einen andern, der kein Deſcendent von mir iſt: ſo heiſt es adoptio minus plena.

Die Erbfolge der Adoptivkinder beruht auf vier Sätzen: 1) die arrogirten und plene adoptirten Kinder erben ihren Adoptivvater, aber von der Erbſchaft des leiblichen Vaters bekommen ſie nichts. Dieſer letzte Satz iſt nach der L. 10. C. de adopt. auſſer Zweifel. Nur in dem Fall, wenn der adoptirende Groß- oder Urgroßvater das Adoptivkind wieder emancipirt, alsdenn ſuccedirt es dem leiblichen Vater. Allein nach der 118. Novelle ſcheint man behaupten zu müſſen, daß ein arrogirtes oder plene adoptirtes Kind nicht allein dem Adoptivvater ſondern auch dem leiblichen ſuccedire. Denn es bleibt der Adoption ungeachtet ein Cognat ſeines leiblichen Vaters. Die Cognaten aber erben nach der 118. Novelle, ſo gut als die Agnaten. (§. 681.)

2) Ein arrogirtes Kind ſuccedirt den männlichen Aſcendenten des arrogirenden Vaters, wofern ſie in die Arrogation gewilligt haben. Hingegen der Ehefrau des Arrogators, ſeiner Mutter und Großmutter ſuccedirt es nicht. (§. 148.)

3) Ein minus plene adoptirtes Kind erbt ſowohl den Adoptiv- als leiblichen Vater. Daß der Adoptivvater es übrigens durch ein Teſtament ausſchlieſſen kann, haben wir oben gehört, (§. 531.) Der Ehefrau des Adoptivvaters, desgleichen deſſen Aſcendenten ſuccedirt ein minus plene adoptirtes Kind nicht, wenn dieſe gleich in die Adoption conſentirt haben.

4) Das

4) Das Erbrecht aller arrogirten und adoptirten Kinder hört auf, wenn sie emancipirt werden.

§. 690. Von den unehelichen Kindern.

Die uneheliche Kinder sind entweder aus einer Blutschande geboren, incestuosi; oder aus dem Ehebruch erzeugt, adulterini; oder Hurenkinder, vulgo quaesiti; oder Jungfernkinder, spurii; oder von einer Concubine geborne, naturales. (§. 136.)

Die incestuosi, welche aus einer blutschänderischen Ehe geboren sind, erben keines der beyden Eltern, L. 6. C. de incest. nupt. Sind sie aber aus einem unehelichen incestuosen Beyschlaf erzeugt, so sind sie nur von der Succession des Vaters ausgeschlossen. (*1)

2) Die naturales succediren der Mutter so vollkommen wie eheliche Kinder; hingegen bey den adulterinis, (*2) vulgo quaesitis und spuriis muß man distinguiren: entweder ist die Mutter eine persona illustris oder nicht. Im letzten Fall erben die adulterini, spurii und vulgo quaesiti. Im ersten Fall aber sind entweder eheliche Kinder vorhanden, oder nicht. Sind dergleichen nicht vorhanden, so kommen die vulgo quaesiti und spurii zur Erbschaft; ausserdem aber nicht.

Ich habe noch verschiedenes hierbey anzumerken. a) Was ist mater illustris? Die magistratus wurden zu den Zeiten der orientalischen Kayser in in fünf Classen eingetheilt, in illustres, spectabiles, clarissimos, perfectissimos und egregios. Illustres heissen die consules, magistri militum, quaestor sacri palatii, magister officiorum, comes sacrarum largitionum, comes rerum privatarum, praefectus praetorio und praefectus urbi. (*3) Mater illustris hieß daher diejenige, deren Ehemann oder Vater ein illustris war. b) Was ist der Grund des Gesetzes, warum succediren die vulgo quaesiti und spurii einer matri illustri nicht, welche eheliche Kinder hat? Die angeführte L. 5. sagt: quia in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, *nominari spurios satis iniuriosum satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse iudicamus.* Seltsam! wenn eine solche Mutter Hurenkinder gebiert: so soll es eine Injurie seyn, daß man sage, sie habe dergleichen (nominari spurios.) Und wie folgt daraus, daß die Hurenkinder ihr nicht succediren, wofern eheliche Kinder vorhanden sind; gleichwohl aber succediren, wenn dergleichen nicht da sind? c) Hat das Gesetz einen practischen Nutzen? Verschiedene glauben dieß. Sie behaupten, daß das, was hier bey einer matre illustri verordnet ist, heutiges Tages bey Damen aus dem höhern Adel gelte. Ich kann dieser Meynung nicht beypflichten;

denn

denn wir haben die Rangordnung der Staatsbedienten gar nicht, die bey den Römern statt fand. Das Gesetz paßt also auf unsre Verfassung nicht, und hat noch dazu, wie ich vorhin bemerkt habe, keinen vernünftigen Grund. Ich glaube daher, daß es bey uns gar keine Anwendung finde.

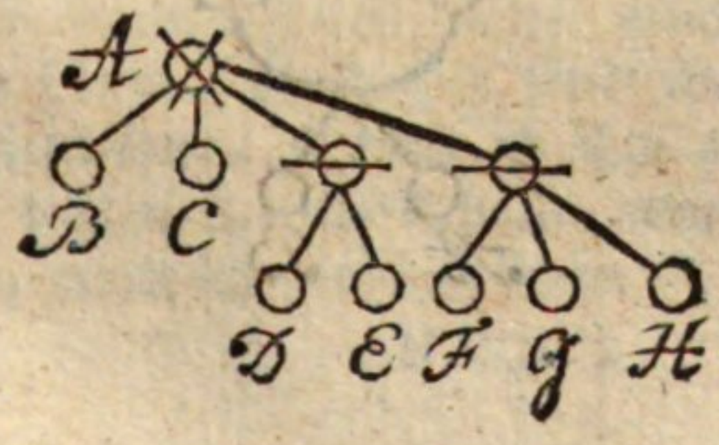
3) Den **Vater** erben die naturales nur alsdenn, a) wenn keine rechtmässige Ehefrau, und keine eheliche Kinder vorhanden sind, und zwar b) nur auf den sechsten Theil des Vermögens. Diesen bekommen sie aber nicht allein; sondern müssen ihn mit ihrer Mutter theilen.

4) Die adulterini, spurii und vulgo quaesiti bekommen von der Erbschaft des Vaters nichts. Aber wie steht es mit der Praxis dieser Sätze? Nach dem römischen Recht war der Concubinat erlaubt, heutiges Tags ist er verboten. (§. 113.) Daher ist es nach der Theorie sehr zweifelhaft, ob das, was nach dem römischen Recht bey den liberis naturalibus verordnet ist, heutiges Tags noch statt habe, und ob man nicht vielmehr behaupten müsse, die naturales seyen bey uns als spurii anzusehen, folglich von der väterlichen Succession ganz auszuschliessen. Indessen behaupten viele Rechtsgelehrte nicht nur a) daß die naturales heutiges Tags ein Successionsrecht wie bey den Römern haben; sondern sie gehen noch weiter, und dehnen b) dieses Successionsrecht auch auf die spurios aus. Auch diese nemlich, succediren ihrer Meynung nach, auf den sechsten Theil, im Fall keine eheliche Kinder und keine Ehefrau vorhanden sind. (*4) Im Hessendarmstädtischen ist diese Meynung angenommen, im Hannöverischen aber und Casselischen nicht.

(1) *Poll.* de exheredat. et praeterit. cap. 41. *Titius* ad *Lauterb.* obs. 793.
(2) Nach der gemeinen Meynung erben die adulterini gar nicht. Allein diese Meynung ist in der Nov. 89. cap. 15. worauf man sich beruft, nicht gegründet.
(3) *Gothofredus* ad Cod. Theodos. Tom. 3. p. 108.
(4) *Koch* de success. ab intestato. §. 33.

§. 691. Wie wird in dieser Classe succedirt?

Wir haben gesehen, wer in dieser Classe succedirt. Nun ist noch die Frage, wie wird succedirt? und die Antwort: Die Kinder des ersten Grads, das heist, Söhne und Töchter erben nach Köpfen; die Kinder der folgenden Grade aber, Enkel, Urenkel u. s. w. nach Stämmen. Z. E.



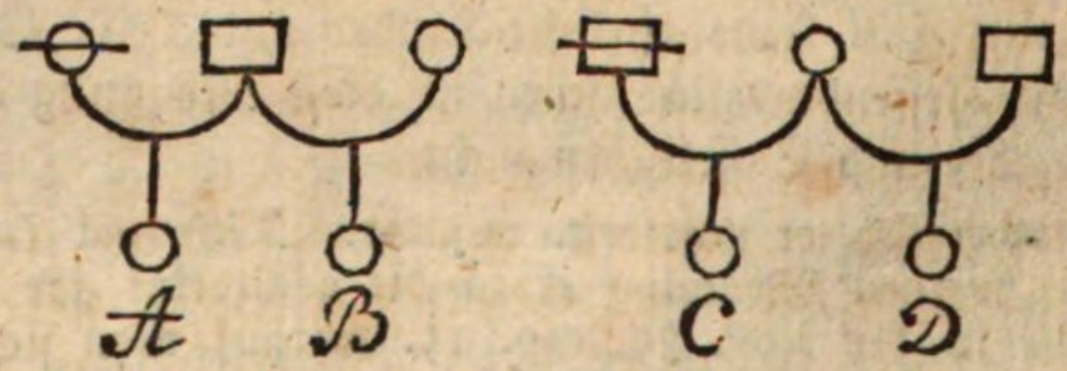
A. stirbt. B. und C. sind liberi primi gradus; D. E. F. G. H. hingegen liberi ulteriorum graduum. Also die Erbschaft wird in vier Theile getheilt. Der erste fällt auf B. — der zweyte auf C. — der dritte auf D. und E. — der vierte auf F. G. und H.

Zweyte Classe.

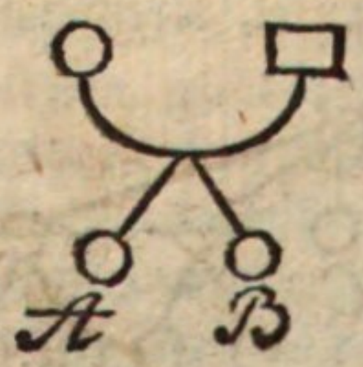
§. 692. Succession in der zweyten Classe.

Wenn keine Descendenten vorhanden sind: so kommt die zweyte Classe zur Succession. Darin sind a) die nähere Ascendenten; b) vollbürtige Brüder und Schwestern; c) Söhne und Töchter der verstorbenen vollbürtigen Geschwister. Ich sage die nähere Ascendenten, denn der nähere schließt den entfernteren aus, und es hat hier kein Repräsentationsrecht statt.

Es fragt sich nur, was sind vollbürtige Geschwister, *fratres germani*, *sorores germanae?* Man versteht darunter Geschwister, die einerley Vater und einerley Mutter haben, denen sie vollkommen succediren. Also zweyerley gehört zu vollbürtigen Geschwisteru: a) daß sie einerley Vater und Mutter haben. Daher



sind A. und B. desgleichen C. und D. keine vollbürtige Geschwister. Aber sie müssen b) auch beyden Eltern vollkommen succediren. Wenn nemlich Geschwister zwar einen gemeinschaftlichen Vater und eine gemeinschaftliche Mutter haben, aber nicht beyden vollkommen succediren, so sind sie in der Successionslehre nicht als vollbürtige anzusehen. Z. E.

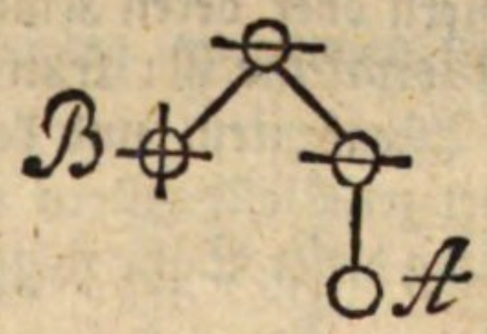


wenn

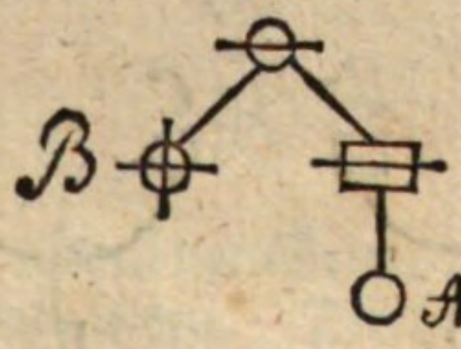
wenn A. und B. aus einem Concubinat, oder einem ſtupro erzeugt ſind, ſo ſind ſie keine vollbürtige Geſchwiſter. Sie ſuccediren zwar ihrer Mutter plene, aber dem Vater ſuccediren die aus dem ſtupro geborne Kinder (ſpurii) nach römiſchem Recht gar nicht; die mit einer Concubine erzeugte haben ein eingeſchränktes, kein vollkommenes Succeſſionsrecht.

§. 693. Welche Perſonen ſind in dieſer Claſſe ſucceſſionsfähig?

Alle nach dieſer Definition vollbürtige Geſchwiſter ſind legitim in der Succeſſion oder ſucceſſionsfähig; aber nicht alle Söhne und Töchter derſelben, auch nicht alle Aſcendenten ſind dieß. Will man wiſſen, welche Kinder der vollbürtigen Geſchwiſter erbfähig ſind: ſo muß man die Regel bemerken: Kinder, die in der erſten Claſſe ihre Eltern *plene* erben, erben auch in dieſer zweyten Claſſe ihren Oheim und ihre Tante; Kinder hingegen, welche in der erſten Claſſe nicht vollkommen erbfähig ſind, ſind es auch in dieſer zweyten Claſſe nicht. Z. E.



A. iſt ein naturalis, er erbt alſo in der erſten Claſſe ſeinen Vater nicht plene; folglich kann er auch in der zweyten Ordnung ſeinem Oheim B. nicht ſuccediren. Hingegen



wenn gleich A. ein naturalis iſt, ſo erbt er doch ſeine Mutter, er kann daher auch dem B. ſuccediren. Fragt man, welche Aſcendenten erbfähig ſo iſt die Antwort: die Succeſſionsrechte ſind wechſelſeitig; das heiſt: wenn mir jemand ſuccediren kann, ſo kann ich ihm auch ſuccediren. Iſt ein Aſcendent von der Art, daß ich ihn geerbt hätte, wenn er zuerſt geſtorben wäre: ſo erbt er mich auch, wenn ich vor ihm ſterbe.

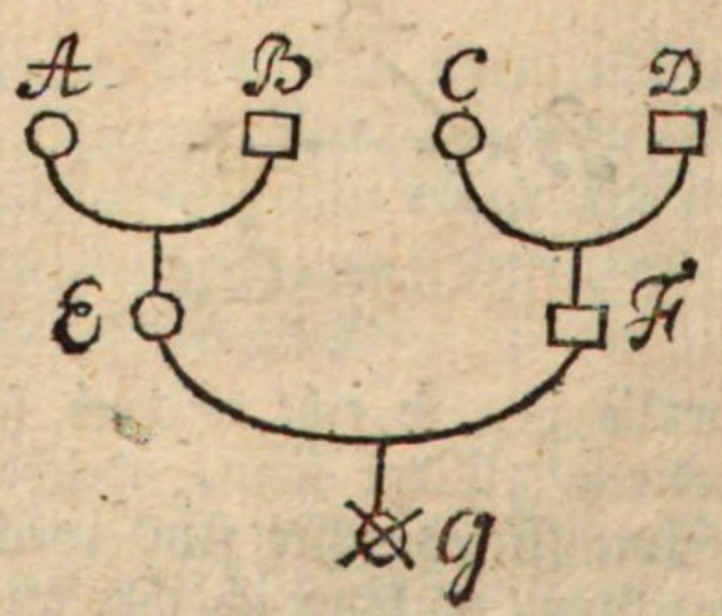
Die Note erläutert diesen Satz mit Exempeln: 1) die per subsequens matrimonium und per rescriptum principis plene legitimirte Kinder succediren ihren Eltern, deswegen succediren die Eltern auch ihnen. 2) Aus einer incestuosen Ehe erzeugte Kinder succediren ihren Eltern nicht, daher auch die Eltern ihnen nicht. 3) Adulterini, spurii und naturales succediren der Mutter, folglich erbt diese auch ihre adulterinos, spurios und naturales. 4) Naturales erben den Vater nur alsdenn, wenn keine legitime Kinder und keine Ehefrau vorhanden sind. Daher erbt auch der Vater die naturales nur in dem Fall, wenn sie keine rechtmäßige Ehefrau hinterlassen.

§. 694. Wie wird in dieser Classe succedirt?

Wir wissen, wer in der zweyten Classe erbt; allein wie wird hier geerbt? Die Regel ist: Ascendenten succediren in Linien; Geschwister nach Köpfen; deren Kinder nach Stämmen. Diese Regel hat aber zwey Ausnahmen; die erste heist: ascendentes iuncti succedunt in capita, das heist, Ascendenten, die mit Geschwistern oder deren Kindern concurriren, succediren nach Köpfen. Die zweyte Ausnahme ist: fratrum proles sola succedit in capita, das heist, wenn keine Ascendenten, und keine vollbürtige Geschwister, sondern blos Kinder von vollbürtigen Geschwistern vorhanden sind: so erben sie nach Köpfen. Die Entwickelung dieser Sätze folgt in beyden folgenden Paragraphen.

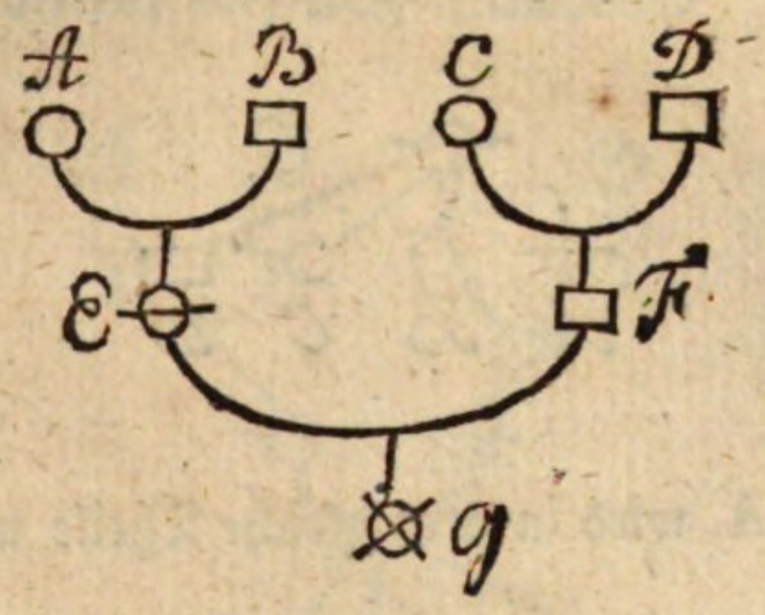
§. 695. Folgesätze des vorigen.

Nemlich 1) wenn jemand stirbt, der Eltern und Großeltern hinterläßt: o erben die Eltern allein, die Großeltern bekommen nichts. Also



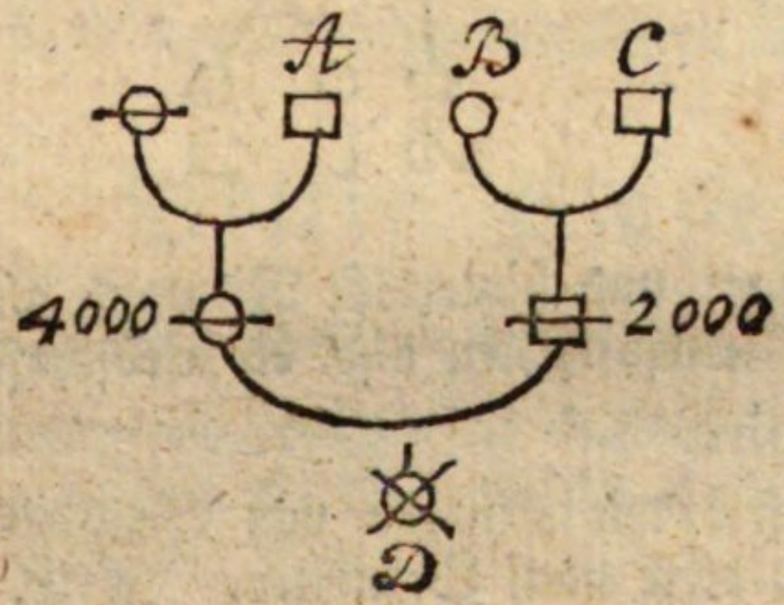
wenn G. stirbt: so erben E. und F. allein, A. B. C. D. kommen nicht zur Succes-

Succeſſion. 2) Wenn eins von den Eltern noch am Leben iſt: ſo erbt dieſes, und die Großeltern ſind ebenfalls ausgeſchloſſen. Z. E.



die Erbſchaft des G. fällt allein auf F. Die Großeltern A. B. C. D. fallen aus.

3) Wenn nur Großeltern vorhanden ſind: ſo erben ſie zuſammen, aber nach Linien. Z. E.

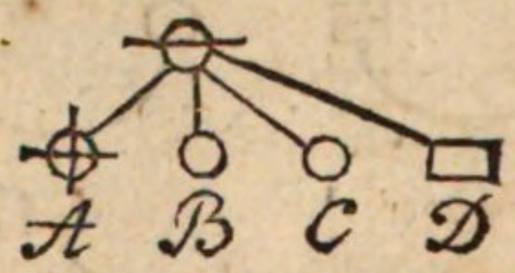


hier iſt Großmutter A. von väterlicher Seite, Großvater B. und Großmutter C. von mütterlicher Seite vorhanden. Die Großmutter A. bekommt alſo die eine, B. und C. bekommen die andere Hälfte von der Erbſchaft des D. und zwar *ſine bonorum diſcrimine* ſagt der Autor. Wenn nemlich D. von ſeinem Vater 4000. von ſeiner Mutter nur 2000. Thaler geerbt hat, ſo bekommt darum A. nicht mehr von der Verlaſſenſchaft als B. und C. (* 1)

(1) *Koch* de ſucceſſione ab inteſtato §. 36. *Walch* controverſ. p 255.

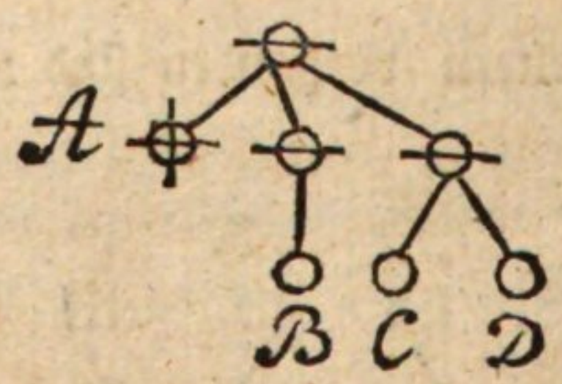
§. 696. Fortsetzung.

4) Wenn der Verstorbene niemand als vollbürtige Geschwister hinterläßt, so succediren sie nach Köpfen. Z. E.



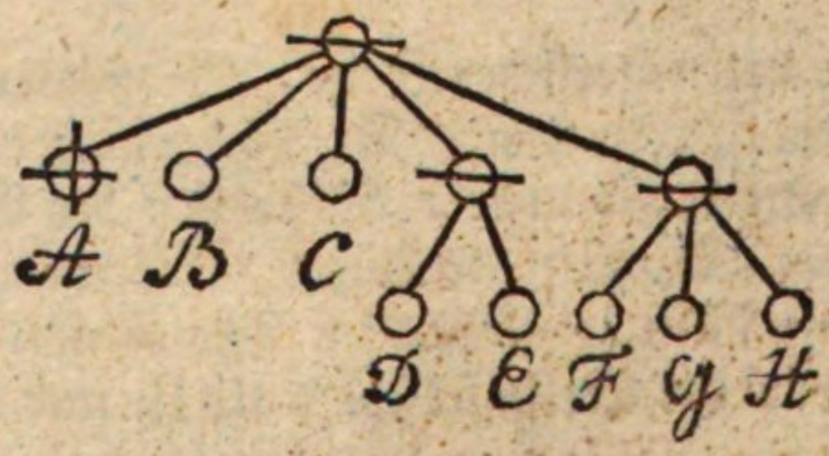
die Verlassenschaft des A. wird in drey gleiche Theile unter die Geschwister B. C. D. vertheilt.

5) Sind nur Kinder von Geschwistern vorhanden, keine Geschwister, und keine Ascendenten: so succediren jene ebenfalls nach Köpfen. Z. E.



A. ist mit Tode abgegangen und hinterläßt Niemand als den B. C. und D. Kinder seiner Brüder. Diese theilen also die Erbschaft unter sich in drey gleiche Theile.

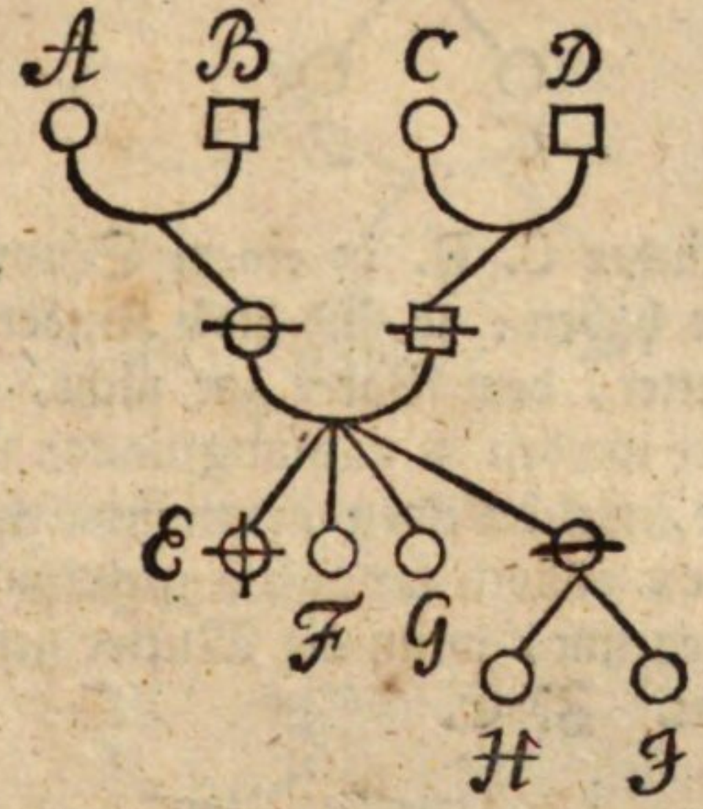
6) Wenn Geschwister mit Kindern von Geschwistern concurriren, so erben jene nach Köpfen, diese nach Stämmen. Z. E.



Die Verlassenschaft des A. wird in vier Theile vertheilt, den ersten bekommt B. den zweyten C. den dritten D. und E. den vierten F. G. und H.

7) Endlich

7) Endlich wenn Aſcendenten, Brüder und Bruders Kinder vorhanden ſind, ſo ſuccediren die Aſcendenten nach Köpfen, die Brüder ebenfalls nach Köpfen, die Bruders Kinder aber nach Stämmen.



Hier wird die Erbſchaft des E. in ſieben Theile vertheilt. Sechs derſelben fallen auf A. B. C. D. F. G. den ſiebenden bekommen H. und I.

Dritte Claſſe.

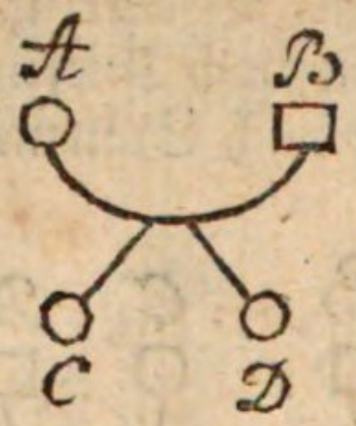
§. 697. Perſonen der dritten Claſſe.

Wenn keine Aſcendenten, vollbürtige Geſchwiſter und keine Kinder derſelben vorhanden ſind: ſo fällt die Succeſſion auf die Halbgeſchwiſter, und deren Söhne und Töchter. (*1)

(1) Es iſt alſo falſch, was einige behaupten, daß die Halbgeſchwiſter mit den Aſcendenten erben. *Paul. Iac. Birkner* diſſ. larva abſurdae ſententiae de ſucceſſione unilateralium cum aſcendentibus detracta. Alt. 1774.

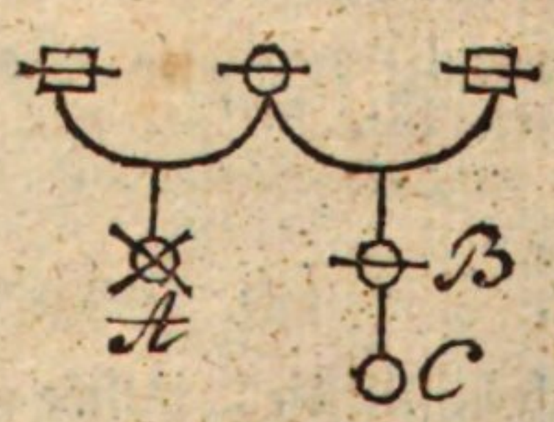
§. 698. Was ſind Halbgeſchwiſter?

Halbgeſchwiſter nemlich heiſſen die, welche nur Einen gemeinſchaftlichen parentem haben, dem ſie vollkommen ſuccediren. Alſo a) ſolche Perſonen, die von Einem Vater aber von zwey Müttern ſind; b) welche Eine Mutter aber verſchiedene Väter haben; c) welche zwar einerley Vater und einerley Mutter haben, aber doch nur einem von beyden vollkommen ſuccediren. Z. E. wenn



wenn A. und B. die Kinder C. D. in einem Stuprum, einer Fornication, einem Concubinat erzeugt haben: so sind diese Kinder Halbgeschwister; denn sie succediren nur der Mutter, dem Vater gar nicht, oder doch nicht vollkommen. Die Halbgeschwister werden in consanguineos und uterinos eingetheilt. Consanguinei heissen die, welche einen gemeinschaftlichen Vater haben, den sie plene erben, (quia ex eodem sanguine procreati sunt.) Uterini werden die Halbgeschwister genennt, wenn die Mutter gemeinschaftlich ist, (quia ex eodem utero venerunt. Z. E.

A. und B. sind consanguinei, C. und D. uterini. Alle Halbgeschwister sind übrigens legitimi ad successionem; aber nicht alle Kinder derselben. In Ansehung dieser gilt die Regel: wer in der ersten Classe seinen Eltern vollkommen succedirt, der erbt auch in der dritten Classe seinen Oheim. Z. E.

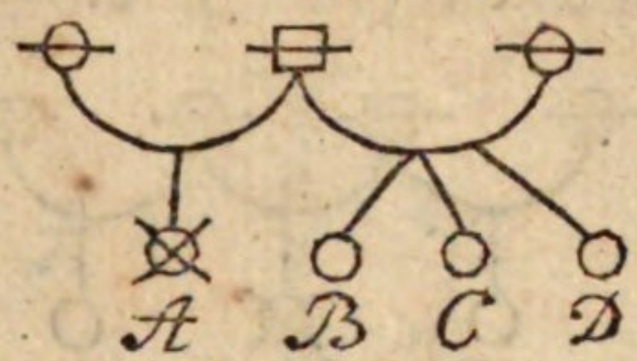


wenn C. ein naturalis ist: so kann er seinem Vater B. nicht vollkommen succediren, daher erbt er auch vom A. nichts.

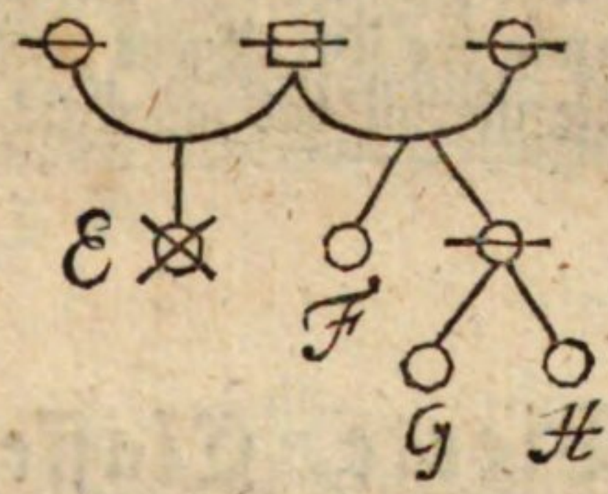
§. 699.

§. 699, Wie wird hier ſuccedirt?

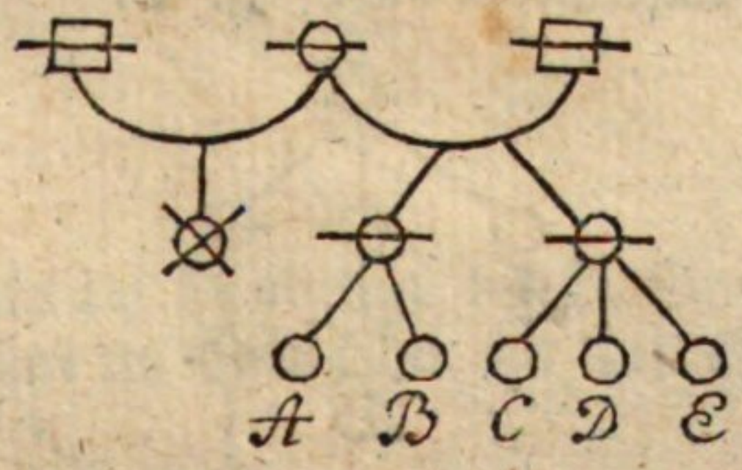
Wie wird aber in dieſer Claſſe ſuccedirt? Die Regel iſt: Halbgeſchwiſter erben nach Köpfen, deren Kinder nach Stämmen. Z. E.



wenn des A. Erbſchaft zu vertheilen iſt, ſo bekommt von den drey Erben B. C. D. jeder ein Drittel. Hingegen

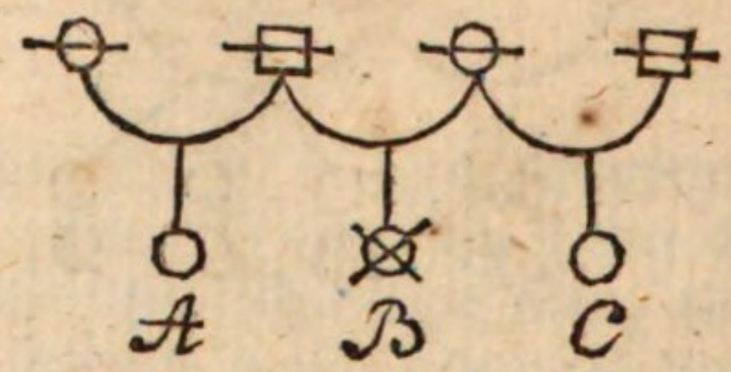


wenn E. ſtirbt: ſo werden zwey Theile gemacht, den einen bekommt F. den andern G. und H. Die Ausnahme dieſer Regel aber heiſt: fratrum proles ſuccedit in capita; wenn niemand als verſtorbener Halbgeſchwiſter Kinder vorhanden ſind: ſo erben ſie nach Köpfen. Z. E.



in dieſem Falle wird die Erbſchaft unter A. B. C. D. und E. in fünf gleiche Theile vertheilt.

Nach den Gesetzen ist auch in dieser Classe auf den Ursprung des Vermögens nicht zu sehen. Nemlich wenn uterini mit consanguineis concurriren, so haben die consanguinei aus dem Grunde keinen Vorzug, weil der Erblasser sein Vermögen von dem Vater hat, und die uterini haben keinen Vorzug, wofern er es von der Mutter hat. Z. E.



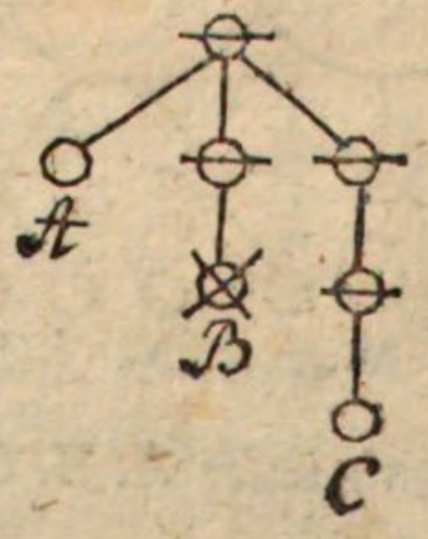
wenn B. gleich sein Vermögen ganz oder größtentheils vom Vater hat, so theilen doch A. und C. die Verlassenschaft zu gleichen Theilen. Allein in der Praxis wird auf den Ursprung des Vermögens gesehen, so daß die consanguinei das väterliche, und die uterini das mütterliche Vermögen zum voraus bekommen. (* r)

(1) *Koch* l. c. §. 80.

Vierte Classe.

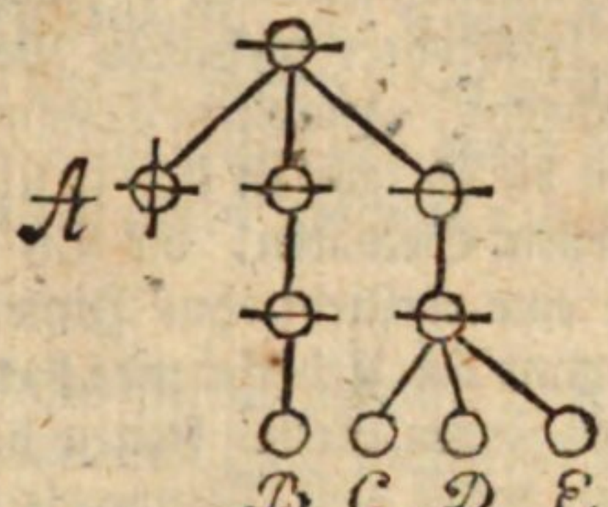
§. 700. Personen der vierten Classe.

Wenn auch keine Halbgeschwister und deren Kinder vorhanden sind: so kommen die übrige Verwandten nach der Nähe des Grades zur Erbschaft, sie mögen Agnaten oder Cognaten, Manns- oder Weibspersonen seyn. Also 1) der nähere schließt den entfernteren aus. Z. E.

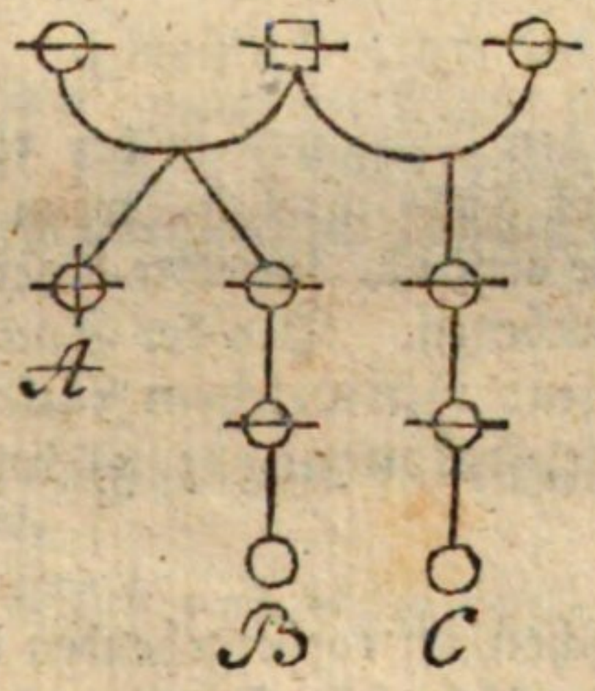


wenn

wenn von des B. Verlaſſenſchaft die Rede iſt: ſo erbt A. und ſchließt den C. aus. Denn A. iſt ein Verwandter im dritten, C. aber im fünften Grade. Alſo erſt in dieſer Claſſe werden die Grade gezählt, in den vorhergehenden nicht. 2) Mehrere Perſonen, die in einerley Grade ſtehen, erben nach Köpfen. Z. E.



des A. Erbſchaft wird in vier Theile unter B. C. D. E. vertheilt. 3) Die duplicitas vinculi kommt nicht in Betrachtung; das heiſt, es kommt nichts darauf an, ob ein Verwandter von Halbgeſchwiſtern oder von vollbürtigen Geſchwiſtern abſtammt. Z. E.



dem A. ſuccedirt C. ſogut als B. obgleich des B. Großvater ein vollbürtiger des C. Großvater aber nur ein Halbbruder des Erblaſſers war.

De Succeſſione ex ſpeciali fundamento.

§. 701. Perſonen die aus beſondern Gründen erben.

Aus einem beſondern Fundament ſuccediren 1) *ſocii liberalitatis principalis.* Das heiſt, wenn der Landesherr mehreren Perſonen etwas zuſammen ſchenkt, und einer mit Tode abgehet, ohne einen Teſtamentserben und Verwandte zu hinterlaſſen: ſo ſuccediren die übrigen in der geſchenkten Sache, Z. E. Der Landesherr ſchenkt zweyen Soldaten, die ſich im Kriege diſtinguirt haben, ein Landgut, und der eine verſtirbt ohne Hinterlaſſung eines andern Erben. In dieſem Fall bekommt der Ueberlebende das ganze Landgut. 2) Die Ehegatten. In den alten Zeiten Roms kamen die meiſten Weiber in *manum mariti*, und ſuccedirten daher dem Manne als ſuae heredes. (* 1) Eine Frau hingegen, die nicht *in manu* geweſen war, ſuccedirte ihrem Manne nicht, und er ihr nicht. Nur in dem Falle, wenn ein Ehegatte ohne Hinterlaſſung eines andern Erben ſtarb, gab der Prätor dem Ueberlebenden bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Da in den neuern Zeiten die conventiones in manum abkamen: ſo war die Succeſſion der Ehegatten etwas höchſt ſeltenes.

(1) *d' Arnaud* var. conject. Lib. I. Cap. 29. p. 196.

§. 702. Fortſetzung.

Juſtinian gab daher den Ehegatten in der 53. und 117. Novelle ein beſſeres Erbrecht. In dem Falle nemlich, wenn der verſtorbene Ehegatte reich, und der Hinterlaſſene arm iſt, ſuccedirt dieſer mit den nächſten Erben, mit den Kindern des Verſtorbenen. Bey der Succeſſion der Ehegatten laſſen ſich alſo drey Fragen aufwerfen: 1) in welchem Falle ſuccedirt der überlebende Ehegatte; 2) wie viel bekommt er; 3) welches Recht hat er auf ſeine Erbportion?

Die erſte Frage iſt ſchon im vorhergehenden beantwortet: entweder iſt der Verſtorbene reich und der Ueberlebende arm, oder nicht. Im erſten Falle erbt der überlebende mit den Verwandten. Im letzten aber, (wenn der Verſtorbene nicht reich, oder der Ueberlebende nicht arm iſt,) ſuccedirt der Ueberlebende erſt alsdenn, wenn gar keine Verwandte vorhanden ſind. Was ein reicher und armer Ehegatte ſey, iſt in den Geſetzen nicht beſtimmt. Insgemein ſagt man, reich ſey der Verſtorbene, wenn ſeine Verlaſſenſchaft zum Unterhalt des überlebenden Ehegatten und der übrigen Erben hinreiche; arm ſey

der

der Ueberlebende, wenn ſein Vermögen nicht ſo beſchaffen ſey, daß er ſeinem Stande gemäß davon leben könne. (* 1)

Zweyte Frage: wie viel bekommt der überlebende Ehegatte? man unſcheide zwey Fälle; 1) wenn er mit drey oder weniger Erben concurrirt: ſo bekommt er ein **Viertel** der Erbſchaft. 2) Concurrirt er mit vier oder mehreren Erben; ſo erhält er eine **Virilportion**; das heiſt, es werden ſo viele gleiche Theile, als Perſonen, gemacht, und von dieſen bekommt der Ehegatte einen. Kurz, der Ehegatte kann nie mehr als eine Quart, wohl aber weniger erhalten.

Dritte Frage: welches Recht bekommt der Ehegatte auf ſeine Portion. Auch hier unterſcheide man zwey Fälle: 1) wenn der Ehegatte mit ſeinen Kindern oder Enkeln erbt; 2) wenn er mit andern Perſonen z. E. ſeinen Stiefkindern, mit Eltern, Geſchwiſtern des Verſtorbenen concurrirt. Im erſten Fall bekommt der Ehegatte blos den Niesbrauch ſeines Erbtheiles, die Kinder oder Enkel haben die Proprietät; im letzten aber erhält der Ehegatte ein vollkommenes Eigenthumsrecht.

Anmerkung. Daß die **Wittwe**, im Fall ſie arm iſt, dem Manne ſuccedire, iſt außer Zweifel. Aber hat auch der **Wittwer** ein Erbrecht? Dieß leugnen viele. (* 2) Sie gründen ſich auf die 117. Novelle. Allein dieſe redet blos von dem Falle, wenn der Mann ſeine Frau ohne Urſache verſtoſſen hat, und verordnet, daß er alsdenn nichts von ihr erben ſolle. Wenigſtens iſt es in der Praxis ausgemacht, daß der Mann ein gleiches Erbrecht mit der Frau habe. (* 3)

(1) *Koch* l. c. §. 111.

(2) *Cuiacius* ad Nov. 53. *Rittershuſ.* ad Nov. Part. 7. Cap. 17. *Voet.* ad Pand. Lib. 38. Tit 17. §. 24.

(3) *Koch* l. c. §. 110. *Walch* controv. p. 257.

§. 703. Fortſetzung.

Hinterläßt der Verſtorbene auch keinen Ehegatten: ſo ſuccedirt 3) das collegium und corpus, deſſen Mitglied er war, wofern daſſelbe dieſes Privilegium hat. Nicht alle Collegia haben das Recht ihren Mitgliedern zu ſuccediren, ſondern nur a) die **Kirchen**, wenn ein bey ihnen ordinirter Geiſtlicher ſtirbt; b) die **Academien** in der Verlaſſenſchaft einer academiſchen Perſon;

c) die Compagnie im Vermögen eines Soldaten. 4) Erbt derjenige, welcher einen Blödsinnigen, dessen sich die Intestat- oder Testamentserben nicht annehmen, zu sich nimmt, und bis an dessen Tod verpflegt. Nur muß er die Erben des Blödsinnigen zu dessen Verpflegung aufgefordert, und diese dem ungeachtet solche unterlassen haben. Wenn von allen vorgedachten Personen keine vorhanden ist, welche Anspruch an die Verlassenschaft machen kann: so nimmt sie der Fiscus als eine herrenlose Sache weg. Doch muß dieses binnen vier Jahren geschehen, sonst bleibt die Erbschaft dem Besitzer.

De hereditatis petitione et divisione.

§. 704. Klagen aus dem Erbrechte.

Aus dem Erbrecht entsteht eine Klage, welche *hereditatis petitio* heist. Sie theilt sich in mancherley Gattungen ab. Entweder stelle ich sie in der Absicht an, ein mir nachtheiliges Testament zu removiren, oder nicht. Im ersten Fall heist sie *hereditatis petitio qualificata*, im letzten: *simplex*. Die qualificata ist entweder *querela nullitatis*, oder *querela inofficiosi*, oder *petitio bonorum possessionis contra tabulas*.

§. 705. Was ist die Erbschaftsklage?

Die Erbschaftsklage ist eine actio universalis mixta, die der Erbe anstellt gegen den, welcher die Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt; und zwar zu dem Ende, daß er, Kläger, für den wahren Erben erklärt, und der Besitzer angehalten werde, die Erbschaft cum omni causa herausgegeben. Ich sage sie ist eine actio *universalis*. Denn ihr Gegenstand ist eine universitas iuris.

§. 706. Grundsätze bey derselben.

1) Weil das Erbrecht ein dingliches Recht ist, und die Erbschaftsklage aus dem Erbrechte entsteht: so ist sie eine Realklage. Denn so heissen die aus dem dinglichen Recht entspringende Klagen. Allein sie ist auch eine Personalklage; denn der Kläger verlangt, daß der Besitzer Rechnung ablege und Schäden ersetze. Diese Forderungen entstehen aus einem iure ad rem. Aus dieser Ursache heist die Erbschaftsklage actio *mixta*. (* 1)

2) Sie

2) Sie kann sowohl von dem Testaments- als Intestaterben, heutiges Tags auch von einem herede pactitio angestellt werden.

3) Weil sich aber keine Erbschaft denken läßt, wo nicht ein Verstorbener ist: so hat auch die Erbschaftsklage nicht eher statt, als bis das Absterben desjenigen gewiß ist, dessen Vermögen der Kläger verlangt. Der Kläger muß also dieses Absterben durch Zeugen, Attestate der Obrigkeit, des Geistlichen u. d. g. beweisen. Wenn jemand in die Fremde gegangen ist, und man von seinem Leben oder Tod nichts erfahren kann; von seinem Geburtstage an aber 70 Jahre verflossen sind: so wird er für todt gehalten, und sein Vermögen den nächsten Verwandten verabfolgt. (*2)

4) Die Erbschaftsklage kann nur gegen den angestellt werden, welcher die Erbschaft, oder einen Theil derselben, oder eine Sache daraus pro herede oder pro possessore, nicht gegen den, welcher titulo singulari besitzt. Nemlich, wer die Erbschaft besitzt, und nicht behauptet, daß er Erbe sey, aber gleichwohl a) gar keinen andern Titel allegiren kann, oder b) einen offenbar nichtigen allegirt, der besitzt *pro possessore*. Wer aber behauptet, daß er Erbe sey, besitzt pro herede. (*3) Titulo singulari besitzt, wer einen von den oben angeführten (§. 294.) titulis dominii translativis, z. E. pro emto, pro donato, pro permutato, allegiret; d. i. er behauptet, daß er diese Sache gekauft, geschenkt bekommen, eingetauscht habe. Daß ich die Erbschaftsklage gegen den anstellen kann, der pro herede oder pro possessore besitzt, ist leicht einzusehen; denn der erstere behauptet, daß er Erbe sey, der letztere hat gar keinen Titel; sobald ich also mein Erbrecht beweise, müssen mir beyde weichen. (*4) Hingegen wenn jemand etwas titulo singulari besitzt: so bestreitet er mir mein Erbrecht nicht, er bezweifelt aber, ob die Sache dem Erblasser eigenthümlich gehört, oder nicht von ihm selbst schon alienirt worden sey; folglich kann ich gegen ihn nichts ausrichten, wenn ich hereditatis petitionem anstelle, und beweise, daß ich Erbe sey. Ich muß rei vindicatione klagen; zeigen, daß ich Eigenthümer der Sache bin, die er besitzt. (*5) Wenn jemand dolose aufgehört hat, zu besitzen: so wird er noch immer als Besitzer angesehen. (§. 281.)

5) Wenn der Besitzer die Erbschaft bona fide besessen hat: so giebt er nur a) dasjenige, was er noch wirklich besitzt, und b) so viel, als er durch den Genuß der Erbschaft reicher geworden ist. Z. E. Wenn ich eine Erbschaft besessen, die Früchte genossen, und deswegen 1000. Thlr. von dem meinigen weniger

weniger ausgegeben habe: so bin ich um diese Summe reicher, und muß sie dem wahren Erben herausgeben. Er braucht also nicht dafür zu haften, a) wenn er etwas von der Erbschaft verlohren, b) verschwendet, c) verdorben hat. Für alles dieses aber muß der malae fidei possessor stehen, muß auch die fructus percipiendos ersetzen. (§. 332.)

(1) Die Einwürfe gegen diese Benennung hebt *Bachov.* tract. de act. Disp. 2. Th. 7.

(2) In römischen oder allgemeinen deutschen Gesetzen ist dieser Satz nicht, sondern blos in der Praxis gegründet. *Leyser* l. c.

(3) *Struv.* exerc. 10. th. 47.

(4) *Branchu* observ. Cap. 6. und *Car. Ferd. Hommel* in epist. de mirabili Ulpiani impostura, existimantis adversus eum, qui pro possessore possidet, non rei vindicationem sed hereditatis petitionem instituendam esse, halten es für einen Irrthum, daß die alte Juristen die Erbschaftsklage gegen einen zugelassen haben, der pro possessore besitzt. Aber ihre Gründe sind nicht überzeugend.

(5) *Vinn.* sel. quaest. Lib. I. Cap. 23. setzt die Sache sehr gut aus einander. S. auch *Oelze* progr. de actione reali adversus quemcumque possessorem non competente. §. 11.

§. 707. Ihre Gattungen.

I. Die *partiaria hereditatis petitio*, oder *actio si pars hereditatis petatur* unterscheidet sich von der totali in folgenden Puncten: 1) In der hereditatis petitione totali bitte ich, mich für den einzigen Erben zu erklären, und den Besitzer zur Abtretung alles dessen, was er aus der Erbschaft besitzt, anzuhalten. In der partiali hingegen bitte ich mich für einen Miterben zu erklären, und den Besitzer anzuhalten, daß er mir meinen Antheil herausgebe. 2) Jene wird angestellt gegen einen solchen, den ich nicht als Erben anerkenne; diese gegen einen, den ich als Miterben agnoscire, der mich aber dafür nicht gelten lassen will. II. *Possessoria hereditatis petitio* heist die Erbschaftsklage, welche der prätorische Erbe, oder bonorum possessor, wenn er bonorum possessionem gebeten und erhalten hat, gegen den Besitzer der Erbschaft anstellt. III. Die *fideicommissaria hereditatis petitia* setzt folgenden Fall voraus. Ich bin zum Erben eingesetzt, soll aber die Erbschaft an den A. restituiren. Weil ich nicht im Besitz der Erbschaft bin, sondern ein dritter B. dieselbe besitzt, und mir vorenthält, so bin ich nicht im Stande, die Restitution wirklich vorzunehmen. Ich trete also die Erbschaft nur mit Worten an; restituire sie auch mit blosen Worten dem A. und dieser stellt nun gegen den Besitzer B. hereditatis petitionem fideicommissariam an.

§. 708.

§. 708. Was ist actio familiae herciscundae?

Die *actio familiae herciscundae* setzt voraus a) daß eine Erbschaft mehreren Miterben gehört, b) daß einer sie bisher besessen und administrirt hat, c) daß dieser oder die übrigen aus der Gemeinschaft heraus, und die Erbschaft vertheilt haben wollen. Wenn nun einer oder einige in dieser Absicht klagen, so heist die Klage actio familiae herciscundae; denn *familia* bedeutet in der alten lateinischen Sprache die Erbschaft, und *herciscere* vertheilen.

Sie wird also 1) von einem Miterben angestellt; so lange mich ein anderer nicht für einen Miterben passiren läßt, kann ich ihn nicht actione familiae herciscundae belangen. 2) Der Besitzer muß als Miterbe besitzen. Denn besitzt er titulo singulari, z. E. er hat eine Sache aus der Erbschaft gekauft: so kann ich gegen ihn mit dieser Klage nichts ausrichten. 3) Der Zweck derselben ist, daß der Besitzer abtheilen soll. Diese Abtheilung aber erstreckt sich nicht auf die Activ- und Passivschulden; denn diese sind *ipso jure* unter den Miterben vertheilt. Das heist wenn der Erblasser z. E. 1000 Thaler ansstehende Schulden hat, und zwey Erben A. und B. hinterläßt, so gehören dem A. 500 Thaler von jedem Ausstand, und dem B. eben so viel; ohne daß sie sich in Schuld zu theilen brauchen. Gleichergestalt wenn der Erblasser 1000 Thaler schuldig ist, und zwey Erben hat: so hat jeder derselben 500 Thaler zu bezahlen, ohne daß darüber ein Vertrag nöthig ist. b) Nicht auf Dinge deren Gebrauch verboten ist; z. E. verbotene Bücher; denn diese werden confiscirt. c) Nicht auf gemeinschaftliche Documente; denn diese lassen sich, wenn sie anders brauchbar bleiben sollen, nicht in Stücke zerschneiden. Man giebt sie also einem von den Miterben in Verwahrung, oder legt sie an einem dritten sichern Orte nieder. 4) Die actio familiae herciscundae geht aber auch weiter dahin, daß der bisherige Verwalter der Erbschaft Rechnung ablege, und die etwa der Erbschaft zugefügten Schäden ersetze; hingegen ihm auch die Kosten und Auslagen wieder bezahlt werden sollen. Klagt nemlich der bisherige Besitzer und Verwalter der Erbschaft, so verlangt er Kosten und Auslagenersetzung; klagen hingegen die andere Miterben, so fordern sie Rechnungsablage und Ersetzung des Schadens.

§. 709. Von der Collation.

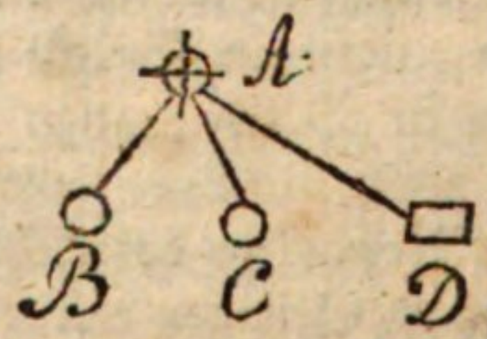
Bey der Erbtheilung muß zuweilen eine **Collation**, **Einwerfung** geschehen; einer oder der andere Miterbe muß conferiren, was er empfangen hat. Wenn nemlich Kinder ihre Eltern erben, und schon etwas inter vivos,

aber nicht in der Absicht, daß sie es zum Voraus haben sollen, erhalten haben: so müssen sie sich dasselbe **anrechnen lassen**, zur Feststellung der Gleichheit, und dieses heist **conferiren**.

Die Gelegenheit zur Collation gab die bonorum possessio, welche der Prätor den emancipirten Kindern ertheilte. Diese nemlich erbten nun mit den suis. Gleichwohl hatten die sui alles, was sie erworben hatten, dem Vater überlassen müssen, und die emancipati hatten für sich selbst acquirirt. Daraus entstand eine Unbilligkeit, eine Läsion für die suos. Daher setzte der Prätor fest, daß wenn sui mit emancipatis erbten, die letztere das Vermögen conferiren sollten, was sie nach der Emancipation erworben hatten. Da nach dem neuen römischen Recht ein filiusfamilias nicht mehr alles dem Vater acquiriret: so fällt die Collation in dem obgedachten Falle weg; aber sie hat in andern Fällen statt, welche der folgende §. näher bestimmen wird.

§. 710. Grundsätze bey derselben.

Die Collation gründet sich auf den vermuthlichen Willen der Eltern. Es ist nemlich zu vermuthen, daß die Eltern die Kinder gleich gehalten haben wollen. Sie geschieht daher nur 1) wenn Kinder ihren Eltern aus einem Testament oder ab intestato succediren. 2) Wenn einige derselben, oder auch alle, schon von den Eltern etwas inter vivos erhalten haben. Z. E.



A. stirbt, der Sohn B. hat zu Bestellung einer donationis propter nuptias 1000 Thaler, der Sohn C. zur Erkaufung eines Hauses 2000 Thaler, die Tochter D. zur Brautgabe 4000 Thaler bekommen. Jedes muß sich also das schon erhaltene anrechnen und abkürzen lassen. Was 3) die Kinder *mortis causa* von den Eltern bekommen, wird nicht angerechnet. Denn der Grund der Collation fällt weg. Wenn die Eltern einem Kinde etwas mortis causa schenken; oder zum Voraus vermachen: so geben sie zu erkennen, daß sie keine Gleichheit unter den Kindern haben wollen. Eben so wenig werden 4) die peculia castrensia, quasi castrensia und adventitia conferirt. Wenn die castrensia

ſtrenſia und quaſi caſtrenſia von den Kindern ſelbſt acquirirt worden ſind, ſo iſt es natürlich, daß ſie ihnen nicht angerechnet werden können; ſo wenig als die adventitia. Aber merkwürdig iſt, daß dieſe peculia, vermöge eines privilegii auch alsdann nicht conferirt werden, wenn ſie die Eltern den Kindern gegeben haben. Z. E. wenn der Vater ſeinem Sohne 500 Thaler zu Anſchaffung einer Officiersequipage gegeben hat, ſo iſt der Sohn nicht ſchuldig, dieſes Geld zu conferiren. Auch was ein Sohn verſtudiret, die Studirkoſten braucht er ſich nicht anrechnen zu laſſen. Ferner 5) wenn die Kinder etwas unwiderruflich von den Eltern bekommen haben: ſo conferiren ſie es nicht. Dahin gehören die Geſchenke; denn wenn die Eltern einem Kinde etwas ſchenken: ſo wollen ſie, es ſoll das Geſchenk zum Voraus haben. (* 1) Nur muß es wie die Juriſten reden, donatio *ſimplex*, nicht *ob cauſam* ſeyn. Wenn alſo die Eltern den Kindern etwas zum Brautſchatz, zur Errichtung eines Hausweſens, zur Anſchaffung eines Waarenlagers, Handwerkszeuges u. d. g. ſchenken: ſo wird das Geſchenk allerdings conferirt. Indeſſen ſind viele Juriſten anderer Meynung, und behaupten, daß jedes Geſchenk conferirt werden müſſe. (* 2) Endlich 6) ceſſirt auch die Collation, wenn die Eltern ſie ausdrücklich verbieten; denn Vermuthung muß der Gewißheit nachſtehen.

Die Berechnung bey der Collation übrigens geſchiehet alſo:

Baares Vermögen z. E. iſt	: :	5000 Thlr.
Der Sohn A. hat ſchon bekommen	:	1000 :
Der Sohn B.	: : : :	2000 :
Die Tochter C.	: : : :	4000 :
	Summa	12000 Thlr.

Alſo das Erbtheil für jedes Kind iſt 4000 Thlr. Folglich heiſt es:

A. ſoll haben	: : :	4000 Thlr.
Hat aber ſchon bekommen	: :	1000 :
Erhält alſo noch heraus	: :	3000 Thlr.
B. ſoll haben	: : :	4000 Thlr.
Hat ſchon bekommen	: :	2000 :
Erhält alſo noch	: : :	2000 Thlr.

C. soll haben	:	:	:	4000 Thlr.
Hat schon bekommen		:	:	4000 :
Erhält also	:	:	:	0

(1) *Beck* de collat. bonor. cap. 4. §. 99. ibique citati. *Wernher* P. 1. obs. 317. *Walch* Controv. p. 258. ibique citat. *Car. Frid. Paelike* diss. de donatione simplici in hereditatem paternam non conferenda, Helmst. 1762. dieser Meynung ist auch *Pufendorf* Tom. 1. obs. 171. doch mit gewissen Einschränkungen.

(2) Man s. z. E. *Stryk* de success. ab. intest. diss. 11. cap. 4. §. 13. *Leyser* sp. 410. med. 1. *Io. Heumann.* exercit. Vol. 1. spec. 9.

De iure pignoris.

§. 711. Uebergang zu dieser Materie.

Wir haben oben gehört (§. 286.) daß das dingliche Recht vier Gattungen habe, **Eigenthum, Dienstbarkeit, Erbrecht und Pfandrecht.** Die drey erste Gattungen sind nun abgehandelt, der vierte ist im Text der Institutionen ganz übergangen, in unserm Lehrbuche aber hier eingeschaltet worden.

§. 712. Dreyerley Bedeutungen des Worts pignus.

Das Wort pignus wird in dreyerley Bedeutungen genommen. Dann 1) versteht man darunter einen Contract, und zwar den, worinn ich einem eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung übergebe, mit dem Beding, daß er sie mir nach Abtragung der Schuld wieder zurück geben soll. Dieser Pfandcontract ist also von der Hypothek oder Verschreibung unterschieden. Denn diese ist ein pactum, wodurch ich einem ein dingliches Recht auf eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung gebe, aber ohne ihm die Sache zu tradiren. Dieß ist der wahre Unterschied zwischen dem pignore und der hypotheca. Er ist also nicht, wie einige thun, darinn zu suchen, daß das pignus nur in beweglichen (*1) die Hypothek nur in unbeweglichen Sachen statt finde.

(1) Dieß behauptet z. E. *Walch* in controvers. p. 266. Aber man s. *Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium, cap. 3. in opusc. pag. 162 sqq. In einigen neuen deutschen Gesetze ist übrigens die Hypothek beweglicher Sachen für ungültig erklärt.

§. 713.

§. 713. Fortsetzung.

Das Wort pignus bedeutet aber auch 2) das dingliche Recht, welches der Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung erhält; und in diesem Verstande ist es entweder *ius pignoris stricte dictum*, oder *ius hypothecae*. Ius pignoris stricte dictum ist, wenn der Gläubiger die Sache besitzt, ius hypothecae, wenn er sie nicht im Besitze hat. Endlich 3) bedeutet das Wort pignus auch die Sache, auf welche der Gläubiger das dingliche Sicherheitsrecht erhält. Wird diese Sache ihm übergeben, so heist sie *pignus stricte*, ein Faustpfand, ein handhabendes Pfand; wird sie nicht übergeben, so heist sie hypotheca. Also das Wort hypotheca hat auch dreyerley Significate, denn es bedeutet a) ein pactum, b) ein Recht und c) eine Sache.

Nach dem römischen Recht hat das Faustpfand vor der Hypothek keinen Vorzug (*[1]) Aber nach dem Hamburgischen und Lübischen Recht geht das Faustpfand im Concurse allen Hypotheken vor. (*[2])

(1) L. 12. pr. et §. fin. D. qui pot. in pign. L. 11. pr. eod. L. 8. C. eod. *Boehmer* Diss. de diverf. pign. et hypoth. iure Cap. 1. §. 13. in Exercit. ad P. Tom. 3. p. 831. *Leyser* sp. 223. m. 1. *Friccii* Diss. de differ. jur. Rom. et Germ. circa pignus in manus traditum. diss. 2. p. 23. sqq.

(2) Hamb. Recht. Part. 2. tit. 4. art. 2. Lüb. Recht. Part. 3. tit. 4. art. 5. *Brockes* sel. obs. for. Obs. 487. *Engelbrecht* ad Mev. Obs. 12. *Balthaser* de classif. cred. in concurs. part. 2. sect. 1. pag. 25. * *

§. 714. Eintheilung des Pfandrechtes a) in Rücksicht auf dessen Fundament.

Das Pfand ist also in Absicht seines Fundaments, oder seiner wirkenden Ursache entweder pignus *voluntarium* oder *necessarium*. Voluntarium heist es, wenn es vom Schuldner bestellt, necessarium, wenn es ohne dessen Einwilligung gegeben wird. Das voluntarium ist entweder conventionale oder testamentarium. Jenes wird durch einen Vertrag, dieses in einem letzten Willen bestellt. Sowohl das erste als letzte wird in *expressum* und *tacitum* eingetheilt. Pignus conventionale expressum ist vorhanden, wenn ich dem Gläubiger mit klaren Worten ein dingliches Recht zu seiner Sicherheit ertheile, tacitum, wenn sich aus factis, oder auch aus einem ausdrücklichen Vertrage schliessen läßt, daß ich ihm ein solches Recht habe geben wollen. Dahin gehört der Fall: wenn ich bey einem Geld borge, und ihm eine Handschrift von meinem Schuldner einhändige; wenn ich einem zu zahlen verspreche, bey Vermeidung der Hülfe in meine Güter ꝛc. (*[1]) Pignus testamentarium ex-

preſſum iſt vorhanden, wenn der Teſtator einem chirographiſchen Gläubiger ein Pfandrecht ausdrücklich vermacht; tacitum, wenn ſich ein ſolches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Teſtators ſchlieſſen läßt Z. E. wenn mir jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewiſſen Grundſtücke vermacht: ſo habe ich ein ſtillſchweigendes teſtamentliches Pfandrecht auf das Grundſtück.

(1) *Hert.* Diſſ. de pignore conventionali tacito, in opuſcul. Vol. 2. Part. 3. pag. 206. *Leyſer* ſp. 223. med. 3.

§. 715. Das nothwendige Pfandrecht iſt dreyerley.

Das nothwendige Pfandrecht iſt entweder ein geſetzliches, *legale*, oder ein prätoriſches; das prätoriſche entweder *praetorium ſtricte*, oder *iudiciale*. Nemlich die Geſetze ſelbſt geben in vielen Fällen dem Gläubiger ein Pfandrecht; dergeſtalt, daß er nicht nöthig hat, ſich dergleichen auszubedingen. Dieſes heiſt pignus legale, auch tacitum. Man ſollte aber dieſe letzte Benennung lieber nicht gebrauchen, weil es, wie wir vorhin hörten, auch pignora conventionalia und teſtamentaria tacita giebt, der Name pignus tacitum alſo zweydeutig iſt. Das prätoriſche Pfandrecht wird vom Prätor ertheilt. Giebt er es zur Beſtrafung des Ungehorſams: (contumaciae coercendae cauſa) ſo heiſt es *praetorium ſtricte*. Bey den Römern nemlich war es gewöhnlich, wenn Jemand die Befehle des Prätors nicht befolgen wollte, daß man den Gegner in das Vermögen des Ungehorſamen einſetzte. Wenn es aber der Prätor conſtituirt, um einen gerichtlichen Ausſpruch zu exſequiren; (iudicati exſequendi cauſa) deutlicher, wenn nach geendigtem Proceſſe der Sieger in die Güter ſeines Gegners immittirt wird: ſo heiſt es *iudiciale*.

§. 716. Eintheilungen des Pfandrechtes b) in Abſicht ſeines Anſehens.

Sieht man auf die verſchiedene Auctorität, worauf das Pfandrecht gegründet iſt: ſo iſt es entweder ein öffentliches, oder ein Privatpfandrecht. Ein öffentliches Pfandrecht nemlich heiſt ein ſolches, welches vom Schuldner entweder a) gerichtlich, oder b) vor drey männlichen unbeſcholtenen Zeugen beſtellt wird. Alſo man bemerke 1) das öffentliche Pfandrecht muß im Gericht beſtellt werden; der Schuldner muß entweder in eigener Perſon, oder durch einen beſonders bevollmächtigten bey der Obrigkeit einkommen, erklären, daß er dem Gläubiger ein Pfandrecht ertheile, und um deſſen Beſtätigung bitten. Die Confirmation, die der Gläubiger allein bey der Obrigkeiteinholt, verwandelt ein Privatpfandrecht nicht in ein öffentliches. (*1) Auch 2) wird ein Privatpfandrecht dadurch nicht zum öffentlichen, wenn es der Schuldner in der Folge gerichtlich anerkennt. (*2) 3) Wenn das öffentliche Pfandrecht vor drey Zeugen ſoll beſtellt

bestellt werden, so müssen sie a) Mannspersonen, b) unbescholten seyn, c) das Verpfändungsinstrument unterschreiben. (* 3) 4) Das öffentliche geht dem Privatpfandrecht vor. Dieß gründet sich auf die Verordnung des Kayſers Leo in der L. 11. C. qui pot. in pign. und ist sehr vernünftig. Denn bey einem Privatpfandrecht können Betrügereyen vorgehen, man kann das Verpfändungsdocument antedatiren; dieß geht aber bey einem pignore publico nicht so leicht an.

(1) *Pufendorf* Tom. 2. obs. 160. doch sehe man *Harpprecht* Diss. de pign. publ. n. 94. in Diss. Acad. Vol. 1. p. 1091.

(2) *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 197. *Schweder* de auctor. publ. ad pignoris constit. necessaria §. 12. in collect. Diss. Vol. 2. p. 334.

(3) *Mevius* Part. 7. Dec. 235. *Schweder* Diss. cit. §. 23. pag. 356. Es kann also auch in einem Notariatsinstrument ein öffentliches Pfandrecht bestellt werden. *Schweder* l. c. p. 355.

§. 717. Eintheilungen des Pfandrechtes c) in Rücksicht auf den Gegenstand.

Wenn ich einem mein ganzes Vermögen verpfände: so heist das pignus generale; verpfände ich aber nur einen Theil meiner Güter, oder eine einzelne Sache: so ist es *pignus speciale*. Diese Gattungen sind hauptsächlich darin verschieden: a) wenn ich ein pignus generale habe: so kann ich von meines Schuldners Vermögen angreifen, welches Stück ich will: habe ich hingegen ein specielles Pfandrecht: so muß ich mich an die mir verpfändete Sache halten. b) Ein specielles Pfand darf der Schuldner nicht ohne Einwilligung des Gläubigers veräussern, bey einem generellen aber ist die Veräusserung erlaubt, wenn nur der Schuldner ein anderes gleich gutes Stück dagegen erwirbt. (* 1) Hommel (* 2) setzt noch c) hinzu, wenn ich mein Vermögen nur generaliter verpfändet hätte, und ein Stück davon veräusserte: so könnte der Gläubiger keine hypothecarische Klage gegen den dritten Besitzer anstellen. Aber diese Meynung ist ohne allen Grund, und den deutlichsten Gesetzen entgegen (* 3)

(1) v. Cramer Nebenst. 12. Theil 80. u. f. Seite. Decis. Cassell. Tom. 1. Decis. 50.

(2) Rhapsod. Obs. 327. Man sehe auch Hertels politische Schnupftobacksdose S. 335.

(3) L. 8. §. ult. C. de sec. nupt. L. un. C. rem alien. gerent. L. 3. C. de remiss. pign. L. 12. C. de distr. pign. L. 15. C. de pignor. *Bachov* de pignor. Cap. 5. n. 3. *Hert.* diss. de diff. pign. gen. et spec. Cap. 5. §. 1. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 1. B. 2. Th. 110. Seite.

§. 718.

§. 718. Unterschied des Pfandrechtes d) in Betracht seiner Wirkung.

Das Pfandrecht ist entweder dergestalt privilegiret, daß es andern öffentlichen und älteren Pfandrechten vorgeht, oder nicht. Im ersten Falle heist es *pignus privilegiatum*, oder *qualificatum* oder *cum iure praelationis coniunctum*. Im letzten *simplex*.

§. 719. Unterschied des privilegirten und nicht privilegirten Pfandrechtes.

Das pignus simplex also hat seiner Natur nach keinen Vorzug; soll es einen bekommen, so muß es durch äusserliche Umstände geschehen; das heist, der Vorzug muß ihm entweder durch die öffentliche Auctorität oder das Alter verschafft werden. Ich habe (§. 714.) gesagt, die Gesetze gäben zuweilen einem Gläubiger selbst unmittelbar ein Pfandrecht. Diese pignora legalia will ich specificiren. Dahin gehört 1) das Pfandrecht, welches dem Fiscus zusteht, und zwar a) auf dem Vermögen seiner Verwalter, Cassirer, Renthmeister u. s. w. (*1) b) auf dem Vermögen derer, die mit ihm Contracte z. E. einen Kauf- Miethcontract u. d. gl. schliessen, c) auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig bleiben. (*2) 2) Die Ehefrau hat wegen ihres eingebrachten, sowohl der Brautgabe als der Paraphernal Güter und der donationis propter nuptias ein gesetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen ihres Ehemannes; der Ehemann aber hat ein gleiches Recht auf das Vermögen desjenigen, der ihm eine Brautgabe versprochen hat. (*3) Die Unmündige und Minderjährige in dem Vermögen ihrer Vormünder; (*4) auch ihres Stiefvaters. Wenn nemlich die Mutter Vormünderin ihrer Kinder war, und zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie Rechnung abgelegt hat: so ist das Vermögen des zweyten Ehemanns den Kindern verpfändet. (*5) 4) Wenn ein Ehegatte von dem verstorbenen Ehegatten etwas geerbt, durch Eingehung einer zweyten Ehe aber das Eigenthum des Erbtheils verloren hat: so kommt auf seinem Vermögen den Kindern desfalls ein legalisches Pfandrecht zu. Auch wenn der Vater Güter besitzt, die den Kindern gehören, und von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten herkommen: so haben die Kinder auf dessen Vermögen ein solches Pfandrecht. Also nicht wegen aller Adventitien steht ihnen dergleichen zu, aber auch nicht allein wegen der mütterlichen Brautgabe. (*6) 5) Die Legatare, fideicommissarii singulares und donatarii mortis causa (*7) auf dem Vermögen des Verstorbenen. Ich habe nur hierbey zu bemerken: a) wenn man den Legatarien ein legalisches Pfand zuschreibt: so ist dieses nicht von der legirten Sache zu verstehen; denn davon sind sie Eigenthümer. b) Das Pfandrecht kommt ihnen nur auf die Güter

zu,

zu, welche der Erbe vom Erblasser erhalten hat, nicht auf seine eigene. c) Sachen, welche andern vermacht sind, sind ebenfalls nicht unter diesem Pfandrecht begriffen; das heist, wenn dem A. das Haus, dem B. der Garten vermacht ist, so hat A. kein Pfandrecht auf den Garten und B keines auf das Haus. d) Da die Vermächtnisse nicht eher, als nach Bezahlung aller Schulden prästirt werden: so wird ein Legatarius vermöge dieses Pfandrechts keinem Gläubiger, wenn er auch ein blosser chirographarius ist, vorgezogen.

Ein specielles legalisches Pfandrecht haben 6) die Pupillen und Minderjährige, wann jemand, der Gelder von ihnen detinirt, etwas damit erkauft. (*8) Nemlich wenn jemand mit dem Gelde eines Pupillen oder Minderjährigen etwas für sich, in der Absicht es zu behalten, erkauft: so sind drey Fälle zu unterscheiden. Erster Fall: der Vormund nimmt Geld aus der Vormundscasse, und kauft sich etwas dafür. Zweyter Fall: ein anderer hat Geld des Pupillen oder Minderjährigen als mandatarius, depositarius u. d. gl. in Händen, und kaufet dafür. Dritter Fall: ich borge Geld vom Vormund, um damit etwas zu erkaufen. Im ersten kann der Pupill und Minderjährige die Sache vindiciren, er hat aber auch ein Pfandrecht darauf. Im zweyten kann er sie zwar nicht als eigen in Anspruch nehmen, er hat aber doch ein Pfandrecht. Im dritten kommt dem Pupillen und Minderjährigen gar kein Recht auf die Sache zu. 7) Wer Geld zur Herstellung eines Gebäudes borgt. (*9) Denn dem Staat ist daran gelegen, daß die Gebäude nicht zusammenfallen. Wenn ich zu Aufbauung eines neuen Gebäudes Geld leihe: so habe ich kein gesetzliches Pfandrecht, ausser wenn schon ein Gebäude auf dem Platz gestanden hat, und zusammen gefallen, abgebrannt u. d. gl. ist. (*10) 8) Der locator eines praedii urbani in den invectis und illatis des Miethmannes, wenn der Miethsmann etwas aus dem Contract schuldig bleibt, z. E. das Pachtgeld nicht bezahlt, die gepachtete Sache verdirbt ꝛc. Man bemerke aber: praedium urbanum heist hier a) jedes Gebäude, Wohnhaus, Scheune, Stall u. s. w. b) Ein leerer Platz, der nicht gemiethet wird, Früchte darauf zu ziehen, sondern in anderer Absicht z. E. um Holz dahin zu legen. (*11) Wenn ich ein solches praedium miethe: so sind die Sachen, die ich dahin bringe, Meubles, Bücher, Vieh u. s. w. dem Vermiether gesetzlich verpfändet. Wenn ich aber 9) ein praedium rusticum pachte, das heist einen Platz, Garten, Acker, Wiese, Landgut, um Früchte darauf zu ziehen: so sind dem Verpachter die Früchte gesetzlich verpfändet, nicht die illata. (*12)

Privilegirte Pfandrechte sind folgende:

1) Das Pfandrecht des Fiscus, das ihm wegen rückständiger Abgaben zusteht. (*13)

2) Das Pfandrecht, dessen, welcher zur Erkaufung einer *militiae*, das heist, eines öffentlichen Amtes, (welches erblich ist und verkauft werden kann,) Geld vorstreckt, und sich zugleich nach der gesetzlichen Vorschrift ein Vorzugsrecht ausbedingt (*14)

3) Der Kriegscasse, welches sie auf das Vermögen des primi pili oder primipilaris cohortium, eines Kriegszahlmeisters, Kriegsproviantmeisters hat. (*15)

4) a) Dessen, der zur Reparation eines Gebäudes, oder einer andern unbeweglichen Sache, z. E. eines Dammes, einer Mauer u. s. w. Geld vorschießt; doch mit dem Unterschied, daß der, welcher zur Verbesserung eines Gebäudes creditirt, ein gesetzliches Pfandrecht hat, den übrigen aber nur alsdenn dergleichen zusteht, wenn sie sich solches bedingen.

4) b) Wer zur Erkaufung einer Sache Geld borgt, und sich ein Pfandrecht auf die Sache ausdrücklich geben läßt. (*16)

4) c) Wenn ich eine Sache verkaufe, und mir ein Pfandrecht bis zur Zahlung des Kaufschillings vorbehalte. (*17)

4) d) Des Pupillen in Ansehung der Sache, welche mit seinem Gelde erkauft ist. (*18)

5) a) Der Ehefrau wegen der Brautgabe. (19)

5) b) Des Fiscus, wenn er mit einem contrahirt hat, in Ansehung der Güter, welche nach dem Contract erworben worden sind. (*20)

Man bemerke aber hierbey: das erst genannte Pfandrecht gehet dem zweyten, das zweyte dem dritten u. s. w. vor. Die hingegen, welche unter einerley Numer stehen, und nur mit verschiedenen Buchstaben bezeichnet sind, haben einerley Rang, und werden nach dem Alter classificiret.

(1) L. 1. C. de priv. fisci. (VII. 73.)
(2) L. 1. 2. C. in quib. caus. pign. (VIII. 15.)
(3) L. un. §. 1. C. de rei ux. act. (V. 13.)
(4) L. 20. C. de admin. tut. (V. 37.)
(5) L. 6. C. in quib. caus. (VIII. 15.)

(6) L. 6 §. 2. de sec. nupt. (V. 9.) L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib. (VI. 60.) *Lauterbach* Coll. th. pr. tit. in quib. caus. pign. §. 57. *Boehmer* I. E. P. Lib. 3. Tit. 42. §. 47. *Wernher* P. 1. obs. 19. *Leyser* sp. 226. m. 4. 5. Struben rechtl. Bed. Part. 3. num. 53. *Hellfeld* Diss. de diverso pignoris jure liberis in bonis parentum competente, in opusc. p. 116.

(7) *Walch* controvers. p. 261.

(8) L. 7. D qui pot. in pign.

(9) L. 1. D. in quib. caus.

(10) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 194.

(11) L. 7. §. 1. D. in quib. caus.

(12) L. 7. pr. cit. *Walch* controv. p. 274. L. 5. C. de loc. conduct. (IV. 65.) scheint zwar dem Verpachter ein gesetzliches Pfandrecht auf die illata zu geben; aber das Gesetz redet eigentlich von einem pignore *conventionali tacito*. Man hatte mit dem Pachter ausgemacht, daß er gewisse Sachen, die zur Cultur des Gutes nicht nothwendig waren, auf das Landgut bringen solle. Darinn liegt eine stillschweigende conventionelle Oppignoration. *Balduin* de pignor. cap. 6. *Bachov* de pign. Lib. 1. cap. 11. Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. C. locat. Rostock, 1781. 4. in dessen Beyträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventionalpfandrecht, 1. Abh.

(13) L. 1. C. in quib. caus. (VIII. 15.)

(14) *Eisenhard* diss. de jure eius, qui ad militiam emendam credidit, in concursu creditorum. in opuscul. num. 10.

(15) L. 3. 4. C. de primipil. (XII. 63.) Also nicht das Pfandrecht überhaupt, das der Fiscus in dem Vermögen eines Administrators hat, ist privilegirt. *Voetius* ad P. tit. qui potior. in pign. §. 24. *Mev.* P. 4. D. 253. *Berger* oec. jur. Lib. 2. Tit. 5. th. 3. not. 5. pag. 520. ed. vet.

(16) L. 7. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.) L. ult. C. de pignor. (VIII. 14.) Nov. 97. C. 4.

(17) Arg. L. 7. D. qui pot. in pign. Nov. 97. Cap. 3. L. 12. C. de distr. pign. (VIII. 28.) *Hert.* diss. de reservat. hypothecae in re vend. Sect. 2. §. 11 opusc. Vol. 2. Part. 3. p. 94. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 212.

(18) L. 7. pr. D. qui pot. in pign.

(19) L. ult. §. 1. C. qui pot. in pign. (VIII. 18.)

(20) L. 6. C. de priv. fisci. (VIII. 13.) L. 28. de jur. fisc. Ueber den wahren Grund dieses Vorzugsrechtes haben neuerlich *Hellfeld* in Diss. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis, opuscul. n. 10. und *Schott* diss. de vera causa praerogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post contractum adquisitis. Lipс. 1772. gestritten. Die Wahrheit ist offenbar auf Herrn Schotts Seite.

§. 720. Wie das Pfandrecht aufhöre?

Das Pfandrecht hört auf: 1) wenn die Forderung, zu deren Sicherheit es bestellt ist, durch Zahlung, Compensation oder auf andere Art getilgt wird.

2) Wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigends darauf renunciirt. Stillschweigends renunciirt er, wenn er das Pfand ganz zurück giebt, nicht etwa es dem Schuldner blos auf einige Zeit leihet, wenn er in dessen Verkauf consentirt, ohne sich sein Pfandrecht vorzubehalten (*1) u. s. w. 3) Wenn Jemand auf eine Sache nur ein widerrufliches Eigenthum hat, mir auf diese Sache ein Pfandrecht giebt, und nun sein Eigenthum ex tunc resolvirt wird: so hört auch mein Pfandrecht auf. (§. 289.) 4) Wenn das Pfandrecht nur auf gewisse Zeit constituirt, und diese Zeit verflossen ist; 5) das Pfand selbst zu Grunde gehet, z. E. verbrennt, gestohlen wird. Endlich 6) wenn es eine Specification erleidet, und zwar dergestalt, daß es nicht wieder in die vorige Form gebracht werden kann; z. E. wenn ich einem einen Wald verpfände, und aus Bäumen dieses Waldes ein Haus erbaue, so ist das Haus nicht verpfändet. Wenn ich aber aus der verpfändeten silbernen Caffeekanne einen Präsentirteller machen lasse, so hat der Gläubiger auf diesen ein Pfandrecht. (*2)

(1) *Püttmann* Lib. I. adversar. Cap. 7.
(2) *Walch* Diss. de jure creditoris mutata re oppignorata. Jen. 1769.

§. 721. Wirkungen des Pfandrechtes.

Die Wirkungen des Pfandrechtes sind: 1) ein Recht des Gläubigers die verpfändete Sache so lang zu besitzen, bis er befriedigt ist; 2) ein Recht gegen jeden Besitzer eine Realklage anzustellen, auch sich eines Interdicts zu bedienen. Die Realklage heist *actio Serviana* und *quasi Serviana*, das Interdict *Salvianum* und *quasi Salvianum*. Endlich 3) ein Recht das Pfand zu verkaufen, wie wir oben (§. 420.) weitläuftiger gehört haben.

Uebrigens ist das Pfandrecht untheilbar. Der Schuldner kann nicht durch Bezahlung eines Theiles der Schuld, einen Theil des Pfandes frey machen. Auch wenn ein Miterbe seinen Antheil der Schuld bezahlt, so wird das Pfand, weder ganz noch zum Theil frey. Und endlich wenn das Pfand unter mehrere Besitzer vertheilt wird, so kann sich der Pfandglaubiger an jeden Besitzer halten, und seine ganze Schuld von ihm fordern. (*1)

(1) L. 11. §. 4. D. de pign. act. L. 19. D. de pignor. L. 65. D. de evict. L. 1. 2. C. si un. ex plur. hered. (VIII 32.) L. 16 C. de distract. pignor. (VIII. 28.) L. 1. C. de luit. pign. (VIII. 31.) Westphal vom Pfandrecht, S. 81.

§. 722. Von der actione Serviana.

Die Servianische Klage, die ihren Namen von ihrem Erfinder, einem Prätor Servius hat, setzt voraus: a) daß ich einem ein praedium rusticum verpachtet habe; b) daß er mir Pacht schuldig bleibt; c) daß ich entweder gegen den Besitzer der auf dem Gut gezogenen Früchte klage; oder d) gegen den Besitzer der invectorum und illatorum, wenn anderst diese ausdrücklich verpfändet worden sind. Sie geht e) dahin, daß mir der Besitzer diese Sachen herausgebe.

§. 723. Von der quasi Serviana.

Man hat diese Servianische Klage nachher auf alle Pfandrechte ausgedehnt, und sie in diesen andern Fällen *actionem quasi Servianam* oder *hypothecariam* genannt. In unsern Gerichten distinguirt man actionem Servianam und quasi Servianam nicht; man nennt jede Klage, die aus dem Pfandrechte entsteht, actionem hypothecariam. Demnach ist actio hypothecaria eine Realklage, die ein Pfandgläubiger gegen den Besitzer des Pfandes anstellt, zu dem Ende, daß dieser das Pfand mit den Früchten und andern accessoriis herausgeben soll. Also 1) der Pfandgläubiger stellt sie an; er mag nun eine Hypothek oder ein pignus stricte dictum haben; 2) gegen den Besitzer des Pfandes. Dieser kann seyn a) der Schuldner selbst, b) ein anderer Pfandgläubiger, dem der Schuldner die Sache ebenfalls verpfändet hat; c) ein dritter, welcher das Pfand eigenthümlich an sich gebracht hat. 3) Die Bitte bey dieser Klage ist, daß der Besitzer angehalten werde, das Pfand an den Kläger mit allen accessoriis abzutreten. Wenn man gegen den Schuldner selbst klagt: so kann man alternative verlangen, daß er entweder das Pfand herausgebe, oder bezahle. Wird hingegen die hypothecarische Klage gegen einen andern angestellt: so ist ein solches petitum alternativum nicht ganz schicklich angebracht, denn dieser Beklagte ist nicht verbunden zu zahlen. (*1) Er ist indessen dazu berechtiget, wenn er es lieber thun, als den Besitz des Pfandes verlieren will, und daher wird auch in der Praxis ein petitum alternativum zugelassen. (*2)

(1) *Io Flor. Rivini* diff. de libello in actione hypothecaria rite formando, (Lipſ. 1706.) §. 3. sqq.

(2) *Leyser* sp. 224. m. 2. *Rivinus* l. c. §. 10.

TIT. XIV.

De Obligationibus.

§. 724. Uebergang zu dem persönlichen Recht.

Wir haben oben gehört, daß das Recht der Sachen (ius rerum) entweder dingliches oder persönliches Recht sey. Die sämmtlichen Gattungen des dinglichen Rechtes sind nun abgehandelt, und wir gehen zum persönlichen Recht (iure ad rem) über. Dieses ist ein Recht, gegen eine verpflichtete Person, gegen eine Person, die uns etwas zu geben, oder zu thun verbunden ist. Also jedes persönliche Recht entsteht aus einer Verbindlichkeit, und die Abhandlung vom persönlichen Recht fängt daher mit der Lehre von der Verbindlichkeit an.

§. 725. Was ist Verbindlichkeit?

Was die Verbindlichkeit überhaupt sey, haben wir oben (§. 19.) gesehen. Hier ist von einer besondern Gattung derselben die Rede. Wir verstehen nemlich hier unter der Verbindlichkeit, obligatione, eine von den Gesetzen einer Person auferlegte Nothwendigkeit dem andern etwas zu leisten. Also 1) es ist eine von den Gesetzen auferlegte Nothwendigkeit. Im Naturrecht streitet man noch, ob die Verbindlichkeit aus dem Gesetz, oder das Gesetz aus der Verbindlichkeit entstehe, wiewohl der Streit nur Logomachie ist. Die römische Juristen aber stellen sich die Verbindlichkeit als eine Wirkung des Gesetzes vor. (*1) 2) Sie ist einer Person auferlegt. Wenn Jemand vermöge eines dinglichen Rechtes (iuris in re) etwas von mir verlangt, so bin ich schuldig es zu thun, zu unterlassen oder zu leiden. Allein diese Schuldigkeit ist keine Obligation in römischer Bedeutung; denn sie ist nicht einer gewissen Person auferlegt. Z. E. wenn ich eine fremde Sache besitze, und der Eigenthümer die Vindicationsklage gegen mich anstellt: so bin ich schuldig, die Sache heraus zu geben; man nennt aber dieß nicht Obligation; denn jeder Besitzer muß die Sache herausgeben. Nur alsdenn, wenn Jemand ein persönliches Recht (ius ad rem) gegen mich hat, und ich für meine Person schuldig bin, ihm etwas zu leisten, ist eine Obligation vorhanden. Daher denn auch der Grundsatz: obligatio personam non egreditur, nur der ist verbunden, dem das Gesetz die Verbindlichkeit auflegt, und die Folge daraus:

die

die Verbindlichkeit, oder richtiger das ius ad rem, das Correlat der Verbindlichkeit (§. 284.) wirkt gegen einen dritten keine Klage. 3) Die Verbindlichkeit besteht in der Nothwendigkeit einem andern etwas zu leisten, das ist dem andern etwas zu geben, zu thun, etwas zu seinem Besten zu unterlassen, etwas von ihm zu leiden.

(1) Pr. I. h. t.

§. 726. Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr entferntes Fundament.

Die Verbindlichkeit ist in dieser Rücksicht entweder eine blos natürliche, oder blos bürgerliche, oder vermischte. Wenn mir blos das natürliche Gesetz eine Verbindlichkeit auflegt: so heist sie *obligatio mere naturalis.* Rührt aber die Verbindlichkeit allein aus einem bürgerlichen Gesetze her, so heist sie *mere civilis.* Ist sie endlich in beyderley Gesetzen gegründet: so wird sie *mixta* genennt. Z. E. wenn ein filiusfamilias Geld borgt: so ist er nach dem Naturrecht, nicht nach den römischen Gesetzen verbunden, es wieder zu geben. Seine Verbindlichkeit ist also eine blos natürliche. Ein Dieb ist nach dem römischen Recht in gewissen Fällen dem Bestohlnen den doppelten, in andern den vierfachen Werth zu erstatten schuldig. Das Naturrecht aber weiß von dieser Verbindlichkeit nichts; sie ist also mere civilis. Der Pachter ist sowohl nach dem natürlichen als römischen Recht schuldig, das Pachtgeld zu bezahlen. Seine obligatio ist also eine mixta. (*1)

(1) *Io. Andr. Frommann* diss. de obligat. naturali, Tübing. 1676. *Ant. Schulting* diss. de naturali obligatione, in commentat. academ. Vol. I. Diss. I.

§. 727. Die blos natürliche Verbindlichkeit ist zweyerley.

Die blos natürliche Verbindlichkeit ist von einer doppelten Art. Einige natürliche Verbindlichkeiten sind von den römischen Gesetzgebern ganz aufgehoben, zernichtet, aller ihrer Wirkungen beraubt; andere sind zwar nicht bestätigt, aber doch auch nicht völlig vernichtet. Sie produciren zwar keine Klage, aber doch andere Wirkungen. Ganz aufgehoben ist 1) die Verbindlichkeit einer Weibsperson, wenn sie sich verbürgt. Eine Weibsperson nemlich, welche Bürgin wird, ist nach dem Naturrecht zu bezahlen schuldig. Aber das römische Recht hat diese Verbindlichkeit destruiret. 2) Ein Verschwender kann sich nach dem Naturrecht verbinden, das römische Recht hebt diese Verbindlichkeit gänzlich auf. 3) Wenn ein Testament gleich nicht auf

die in den Civilgesetzen vorgeschriebene Art errichtet ist: so bringt es doch, wie einige glauben, eine natürliche Verbindlichkeit hervor. Allein diese ist von den bürgerlichen Gesetzen völlig zernichtet. 4) Ein Pupill, wenn er gleich der Mündigkeit noch nicht nahe ist, kann sich nach dem Naturrecht verbindlich machen, sobald er nur versteht, was eine Verbindlichkeit ist. Aber das römische Gesetz erklärt die Verbindlichkeit der impuberum infantiae proximorum für null und nichtig. 5) Der Erbe ist nach dem Naturrecht schuldig, die Vermächtnisse ohne Abzug zu bezahlen; denn dieses Recht weiß nichts von der quarta Falcidia. Aber die römische Gesetze destruiren jene natürliche Obligation. 6) Wenn sich jemand über Alimente, welche ihm im letzten Willen vermacht sind, aussergerichtlich vergleicht, so daß er sich statt der Alimente eine gewisse Summe auf einem Bret bezahlen läßt: so ist der Vergleich nach dem Naturrecht verbindlich. Das römische Recht aber zernichtet diese Verbindlichkeit. 7) Die Verbindlichkeit, welche aus dem Spielen entsteht, kurz eine Spielschuld. (*1) Natürliche Verbindlichkeiten, die im römischen Recht nicht bestätigt, aber doch auch nicht zernichtet wurden, sind z. E. 1) die Verbindlichkeit aus einem nudo pacto. (*2) Das Naturrecht kennt den Unterschied zwischen nudis pactis und contractibus nicht. Wer ein pactum schließt, ist verbunden es zu halten. Das römische Recht bestätigt zwar die natürliche Verbindlichkeit aus dem pacto nudo nicht, aber hebt sie doch auch nicht gänzlich auf. 2) Die Verbindlichkeit eines filiifamilias aus einem Gelddarlehn. Daß er nach dem Naturrecht verbunden sey, das Darlehn zu erstatten, ist auffer Zweifel. Der römische Gesetzgeber destruirt auch diese Verbindlichkeit nicht; er assistirt ihr aber doch nicht, bestätigt sie nicht. 3) Die Verbindlichkeit zwischen Herrn und Sklaven, Vater und Sohn. (*3) 4) Die Obligation eines Unmündigen, welcher der Mündigkeit nahe ist; auch eines Minderjährigen, der ohne seinen Curator über sein Vermögen paciscirt. (*4) Die Distinction zwischen einer ganz aufgehobenen und einer blos nicht bestätigten Verbindlichkeit ist übrigens von der grösten Wichtigkeit. Ihr Nutzen zeigt sich 1) in der Lehre von dem Pfandcontract. Wegen einer blos nicht bestätigten Obligation kann man etwas gültig verpfänden, wegen einer ganz aufgehobenen aber nicht. 2) In der Materie von der Bürgschaft. Für eine blos nicht bestätigte Verbindlichkeit kann man sich der Regel nach gültig verbürgen, für eine völlig aufgehobene aber nicht. 3) Bey der *condictione indebiti*. Wenn ich etwas bezahle aus einer gänzlich destruirten Obligation, weil ich glaubte, daß ich zu zahlen schuldig sey: so kann ich es durch eine Klage, welche condictio indebiti heist, zurück verlangen. Wenn aber die Obligation blos nicht bestätigt ist: so fällt die condictio indebiti weg. 4) Bey

der

der Compensation. Wenn ich einem 100 Thaler zu bezahlen habe aus einer im Staat anerkannten Obligation, und er mir 100 bezahlen soll aus einer natürlichen, blos nicht bestätigten Verbindlichkeit: so heben sich die Forderungen gegen einander auf. Ist aber seine Obligation ganz aufgehoben, so muß ich bezahlen, und kann mich auf keine Compensation berufen. (* 5) An den gehörigen Orten, §. 792. 839. 955. 979. wird dieß alles weiter auseinander gesetzt, und mit Exempeln erläutert werden. (* 6)

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite.
(2) *Schulting* Diss. cit. Cap. 5.
(3) Idem Cap. 8. et 9.
(4) Idem Cap. 10.
(5) Idem Cap. 4.
(6) Ich habe die Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit nach den gemeinen Begriffen vorgetragen. Wichtige Einwürfe gegen diese Vorstellungsart macht Hr. P. Adolph Dietr. Weber in seiner Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit (einer trefflichen, von viel Genie und nicht gemeinen Kenntnissen zeugenden Schrift) S. 109. u. f. und wenn er einst sein System vollendet haben wird, so wird die gemeine Lehre schwerlich noch eine Stelle in diesem meinem Buche finden.

§. 728. Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist auch zweyerley.

Die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist entweder wirksam oder unwirksam. Nemlich zuweilen kann ich zwar aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen; aber der Beklagte ist befugt, sich durch eine Exception gegen die Klage zu schützen und mich abzuweisen; meine Klage bleibt also ohne Wirkung. Hingegen giebt es auch Fälle; wo ich mit Effect aus der bürgerlichen Verbindlichkeit klagen kann, weil dem Beklagten keine Exception dagegen zusteht. Dahin gehört: a) wenn mir ein depositarius das depositum miserabile dolose abgeleugnet hat; denn ich kann ihn auf das duplum belangen, ohne daß er sich mit einer gegründeten Exception gegen die Klage schützen könnte. Also seine Obligation ist eine wirksame. b) Ein Delinquent muß nach römischem Recht zur Strafe zuweilen den doppelten, dreyfachen, vierfachen Werth des Schadens, den er einem andern zugefügt hat, zuweilen eine andere Strafe bezahlen. Diese Verbindlichkeit eines Delinquenten kennt das Naturrecht nicht, sie ist also blos bürgerlich aber wirksam; denn der Delinquent kann sich dagegen mit keiner Exception schützen. c) Wenn ich durch eine rechtskräftige richterliche Sentenz zu etwas verurtheilt bin: so muß ich es prästiren, ob ich es gleich nicht schuldig war. d) Wer eine Handschrift ausstellt, muß in gewissen Fällen bezahlen, wenn er gleich auf die Handschrift nichts erhalten hat.

(§. 850. u. f.) Hingegen wenn ich einen zu einem Vertrag zwinge: so ist der Vertrag nach dem Naturrecht ungültig; aber nach dem römischen Recht ist er, einige wenige Fälle ausgenommen, (§. 1005.) verbindlich. Diese Verbindlichkeit ist also eine blos bürgerliche, und zwar eine **unwirksame**; denn wenn ich ihn daraus belange: so kann er mir exceptionem metus entgegen setzen, und mich damit abweisen. e) Wenn ich einem eine Schuld durch einen blossen Vertrag, ohne feyerliche Worte erlasse, so ist er mir nach strengem Recht noch immer schuldig. Allein wenn ich ihn belange, setzt er mir die exceptionem pacti entgegen.

§. 729. **Die vermischte Verbindlichkeit ist gleichfalls von zweyerley Art.**

Die vermischte Verbindlichkeit ist entweder mixta *praetoria*, oder mixta *civilis*. Wenn nemlich der **Prätor** eine natürliche Verbindlichkeit bestätigt: so heist sie *mixta praetoria*; wenn aber die **Civilgesetze im eigentlichen Verstande** (§. 31. Not.) selbst ihr assistiren: so heist sie *mixta civilis*. Z. E. wenn ich einem eine Sache verhypothecire, so entsteht aus dem Vertrage eine natürliche Verbindlichkeit; wenigstens nach der Meynung, die ich für die richtigere halte, und welche auch die römische Juristen annehmen. Diese natürliche Verbindlichkeit ist vom Prätor bestätigt worden. Also die obligatio ex pacto hypothecae ist eine mixta praetoria. Von dieser Art ist auch die Verbindlichkeit aus dem constituto. (§. 846. 847.) Hingegen wenn ich einem etwas aus einem Contract, z. E. Kauf- Miethcontract, Tausch u. s. w. schuldig bin: so ist die Verbindlichkeit eine mixta civilis; denn das Naturrecht und eigentliche ius civile legen sie zusammen auf.

§. 730. **Zweyte Eintheilung der Verbindlichkeit in Rücksicht auf ihr nächstes Fundament.**

Sieht man auf das nächste Fundament der Obligation: so ist sie entweder eine **mittelbare**, oder **unmittelbare**. Jede Verbindlichkeit entsteht aus einem Gesetz. Aber in einigen Fällen supponirt das Gesetz, daß ich ein obligatorisches Factum begangen habe, in andern Fällen legt es eine Obligation auf, ohne ein solches Factum vorauszusetzen. Diejenige Verbindlichkeit, welche ein **obligatorisches Factum**, das heist, eine Convention, oder einen Quasicontract, ein delictum oder quasidelictum, voraussetzt, heist eine **mittelbare**, *mediata*. Die Verbindlichkeiten aber, welche unmittelbar in dem Gesetze ihren Grund haben, und weder Convention noch Quasicontract, noch Delict, noch Quasidelict voraussetzen, heissen **unmittelbare**, *immediatae*.

(* 1)

(*1) Z. E. der Vater ist seinen Kindern die Alimente schuldig. Wenn mir daran gelegen ist, eine Sache zu sehen, die ein anderer besitzt, weil ich vermuthe, daß sie mein gehöre, und sie vindiciren will: so ist der Besitzer verbunden, sie mir zu zeigen, (ad exhibendum.) Diese Verbindlichkeiten entstehen unmittelbar aus dem Gesetz, weder aus einer Convention, noch einem Quasicontract, weder aus einem delicto noch quasidelicto. Hingegen die Verbindlichkeit des Käufers den Kaufschilling zu bezahlen; die Verbindlichkeit des Diebes, den Schaden zu ersetzen sind mittelbare. Denn jene entsteht aus einem Contract, diese aus einem Verbrechen. Einige Juristen (*2) verwerfen diese Distinction der Verbindlichkeit ganz; sie sagen jede Verbindlichkeit supponire ein Factum. Allein ob es gleich wahr ist, daß jede hypothetische (*3) Verbindlichkeit ein Factum voraussetzt: so wirft doch dieß jene Distinction nicht um. Denn wenn die Juristen einige Verbindlichkeiten aus einem Factum, andere unmittelbar aus dem Gesetz herleiten: so verstehen sie unter dem Factum nur Conventionen, Quasicontracte, delicta und quasidelicta; es giebt aber Verbindlichkeiten, die aus keiner dieser vier Quellen entstehen.

(1) Cajus sagt in der L. 1. pr. D. de O. et A. obligatio nascitur aut ex *contractu*, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure *ex variis causarum figuris*. Unter dieser letzten Art von Verbindlichkeiten versteht er a) die, welche aus einem Quasicontract, b) aus einem Quasidelict und c) unmittelbar aus den Gesetzen entstehen. *Schulting* in not. ad Gaii instit. lib. 2. Tit. 9. Meurer juris. Abh. S. 17. u. f. f. Weber Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichk. S. 54. u. f. f. *Io. Iul. Pressel* diss. de variis causarum figuris, (Ien. 1701.) §. 7. sqq.

(2) Man s. Meurers juris. Abhandl. 1. Cap.

(3) Im Naturrecht theilt man die Verbindlichkeiten in absolute und hypothetische ein. Man s. mein Naturrecht §. 35.

§. 721. Die mittelbare Verbindlichkeit ist zweyerley.

Alle mittelbare Verbindlichkeiten entstehen entweder 1) aus einer erlaubten Handlung, das heist einem Vertrage, (conventione) oder einem Quasicontracte, oder 2) aus einer unerlaubten Handlung, nemlich einem Verbrechen, (delicto s. maleficio,) oder quasidelicto. Von den erstern wird in diesem ganzen dritten Buche, von den letztern in des vierten Buchs 1, 2. 3. 4. u. 5. Titel gehandelt.

§. 732. Was ist ein Vertrag, was ein obligatorischer und liberatorischer?

Conventio, *pactio*, *pactum* in weitläuftigen Verstande, Vertrag ist ein acceptirtes Versprechen. Versprechen nemlich ist eine Erklärung,

daß man dem andern etwas leisten, das heist, etwas geben, thun, oder unterlassen wolle; und wenn der andere erklärt, daß er sich das Object wolle leisten lassen: so hat er acceptirt. Also zu einem Vertrage wird erfordert, daß ein Theil declarirt, er wolle etwas prästiren, und der andere, er wolle es sich prästiren lassen.

Man theilt die Verträge in obligatorische und liberatorische ein. Wenn durch den Vertrag eine noch nicht vorhandene Verbindlichkeit festgesetzt wird: so heist es pactum *obligatorium*; wenn aber eine schon existirende Verbindlichkeit auf der einen Seite aufgehoben, und dagegen eine negative auf der andern Seite aufgestellt wird, vermöge deren einer nicht thun darf, was er zuvor thun durfte: so heist es pactum *liberatorium*, *remissorium* oder *de non petendo*. Z. E. wenn ich einem verspreche, 1000 Thlr. zu bezahlen: so ist es pactum obligatorium. Denn ich übernehme eine Verbindlichkeit, die ich zuvor nicht hatte. Wenn ich aber dem andern eine Forderung von 1000 Thlr. erlasse: so ist es ein pactum liberatorium. Denn die Verbindlichkeit, mir 1000 Thlr. zu bezahlen. wird auf Seiten des Schuldners aufgehoben, und auf meiner Seite wird eine negative Verbindlichkeit festgestellt; die Verbindlichkeit, die 1000 Thlr. nicht zu fordern. Wenn die römische Juristen von pactis schlechtweg reden, so verstehen sie meistens die liberatoria oder de non petendo darunter. Im ganzen Titel der Pandecten de pactis ist fast durchaus unter dem Wort pactum ein liberatorium zu verstehen.

In den Verträgen sind *essentialia*, *naturalia* und *accidentalia* zu unterscheiden. Nemlich die Bestimmungen, welche zu einem gewissen Vertrage nothwendig erfordert werden, so daß er dieser Vertrag nicht seyn kann, wenn diese Bestimmungen fehlen, heissen essentialia. Die Bestimmungen, welche der Vertrag gewöhnlich hat, deren Daseyn also vermuthet wird; die aber doch davon getrennt werden können, wenn es die Paciscenten ausmachen, heissen naturalia. Endlich solche Eigenschaften, die nicht bey dem Vertrage gewöhnlich sind, und dabey nicht statt finden, wenn es nicht ausdrücklich ausbedungen wird, werden accidentalia genennt. Z. E. bey dem Kaufcontract sind wesentliche Eigenschaften Waare, und ein in Geld bestehender Preis. Wo dieß nicht ist, da läßt sich kein Kauf denken. Naturalia aber bey dem Kauf sind z. E. daß der Verkäufer die Eviction leisten, (§. 960. u. f. f.) daß der Käufer Zinsen vom Kaufschilling bezahlen muß, sobald ihm die Waare tradirt ist. Denn dieß ist bey dem Kauf gewöhnlich, und es ist so lang Rechtens, als nicht ein anders ausgemacht wird. Accidentalia z. E. sind, daß

der

der Kaufschilling in gewissen Münzsorten bezahlt werden soll; der Vertrag, daß wenn der Käufer binnen einer gewissen Zeit nicht bezahlt, der Kauf nicht gilt: daß der Verkäufer befugt ist, binnen gewisser Zeit die Sache wieder einzulösen u. d. gl. Denn alle diese Bestimmungen, Rechte und Verbindlichkeiten finden nicht statt, wenn sie nicht ausdrücklich ausbedungen werden.

§. 733. Grundsätze bey den Verträgen.

Aus der Natur des Vertrags fliessen folgende Grundsätze: 1) Ein jeder Vertrag erfordert die **Einwilligung** der Paciscenten. Denn wenn zwey Personen einen Vertrag schliessen, so will der eine etwas leisten, und der andere will es sich leisten lassen; beyde also wollen, daß etwas zu Stande komme. Wer aber will, daß etwas zu Stande komme, der willigt ein, (consentit.) Also gehört zu jedem Vertrage der Consens, die Einwilligung. 2) Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. Einer kann nicht mit sich selbst paciscren; wenigstens also zwey Personen sind zu einem Vertrage erforderlich. 3) Die Absicht der Paciscenten ist sich zu verpflichten, und ein Recht zu transferiren. 4) Die Verträge sind eingeführt, damit ein Mensch sich gewisse Vortheile verschaffen kann. Man wünscht oft, daß uns ein anderer etwas leiste, weil aber dieser gar nicht, oder doch nicht vollkommen dazu verbunden ist: so kann man nicht darauf rechnen. Man schließt also ein pactum mit ihm. Dieß giebt uns den Vortheil, daß nun der andere vollkommen verpflichtet ist, und wir ihn zwingen können (§. 20.) 5) Die Paciscenten werden durch den Vertrag so und nicht anders verbunden, als sie sich haben verbinden wollen.

§. 734. Die Verträge erfordern Einwilligung.

Die Verträge erfordern die Einwilligung beyder Paciscenten. 1) Wer also nicht einwilligen kann, der kann auch nicht paciscren; dergleichen sind Kinder, Blödsinnige, Höchstbetrunkene.

2) Unmündige, weil sie noch nicht die völlige Ueberlegung haben, können zwar andern eine bürgerlichgültige Verbindlichkeit auflegen, aber sich selbst nicht, wenn nicht ihr Vormund einwilligt.

Die Anmerkung sagt: können Unmündige sich nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit ohne den Vormund auflegen? Die Gesetze über diesen Punct sind schwer zu vereinigen Der angeführte d'Arnaud hat die verschiedene Meynungen erzählt. Die richtigste ist, daß man einen Unterschied zwischen

pupillis pubertati proximis und infantiae proximis machen müsse. (§ 62.) Jene werden naturaliter durch ihre Verträge verpflichtet, diese nicht. Indessen heben die bürgerliche Gesetze alle Wirkungen dieser natürlichen Verbindlichkeit, in soweit sie dem Pupillen selbst schädlich sind, auf, und daher sagen einige Gesetze, L. 41. D. de condict. indeb. L. 59. D. de obl. et act. daß der Pupill nicht einmal naturaliter verbunden werde. Ich sage: in soweit sie dem Pupillen selbst schädlich sind. In Ansehung eines andern hat diese Verbindlichkeit ihre Wirkungen. Wenn sie also Jemand als Bürge oder expromissor übernimmt, so muß er bezahlen, Sogar bey dem Erben des Pupillen ist sie in soweit wirksam, daß er keine condictionem indebiti hat, wenn er die Schuld bezahlt. (*1)

3) Taube und Stumme können paciscirен; wenn sie so viel Vernunft haben, daß sie begreifen, was ein Vertrag ist, und zugleich ihre Gedanken erklären können.

4) Wo keine Einwilligung ist, da ist auch kein Vertrag. Daher sind a) die Verträge, bey denen ein Betrug passiret, zuweilen null, wie wir unten hören werden. (§. 1008.) b) Wenn sich die Paciscenten in der Person, oder in der Sache, wenigstens deren grösten Theile geirrt haben: so gilt der Vertrag nicht. Ich sage, wenn sie sich in der Person geirret haben, das heist, wenn ich geglaubt habe, ich paciscire mit dem A. und dieß nicht ist; sondern B. mit mir paciscirt hat: so gilt der Vertrag nicht. Z. E. ein Mackler macht mir glauben, daß A. mein Haus kaufen wolle, und ich verkaufe es ihm für diesen; nun aber, nachdem der Kauf geschlossen ist, erscheint B. als der wahre Käufer. Indessen wird doch hier voraus gesetzt, dvß derjenige, der den Contract des Irrthums wegen impugniren will, ein Interesse dabey habe, daß A. uud nicht B. der Käufer sey. (*2) Auch wenn ein Irrthum in Ansehung des Objects oder seines grösten Theils passirt ist, das heist, wenn der Wille des Paciscenten im Gegenstande des Vertrages oder dessen grösten Theil nicht übereinstimmte: so ist der Vertrag ungültig, z. E. Jemand hat zwey Häuser, Num. 1200. und Num. 1201. ich schliesse mit ihm einen Kauf, in der Meynung, er wolle mir Num. 1200. verkaufen, seine Absicht aber geht auf Num. 1201. oder ich verkaufe einem mein Haus für 5000. fl. und meine Absicht ist auf den zwanzig Gulden Fuß gerichtet; er verspricht mir auch 5000. fl. glaubt aber, ich wollte auf den vier und zwanzig Gulden Fuß contrahiren. Ein gleiches findet c) statt, wenn sich die Paciscenten in der Materie irren, z. E. wenn mir Jemand eine tombackene Uhr für eine goldene verkauft. Ist

indes-

indessen dem Promissar daran gelegen, daß der Vertrag gelte, so gilt er. Dieß ist der Fall bey Stipulationen, Schenkungen, Verpfändungen. Wenn mir z. E. Jemand eine tombackene Uhr für eine goldne schenkt, so ist mirs doch lieber eine tombackene Uhr zu haben, als keine. (*3) Endlich d) wenn die Sache, welche mir Jemand durch einen onerosen Vertrag, Kauf, Tausch, Vergleich u. d. gl. überläßt, heimliche Fehler hat, die sie mir ganz unbrauchbar machen: so kann ich ihn actione redhibitoria belangen, daß er die Sache zurücknehmen, und mir den Werth wieder geben soll. Hat die Sache heimliche Fehler, welche ihren Werth nur vermindern: so kann ich *actionem quanti minoris* anstellen, daß mir der andere so viel zurück gebe, als die Sache durch die heimliche Fehler am Werth verliert. Denn jeder, welcher über eine Sache paciscirt, setzt voraus, daß sie keine heimliche Fehler habe, und würde nicht in diesen Vertrag gewilligt haben, wenn er von den heimlichen Fehlern Kenntniß gehabt hätte. Nach dem Naturrecht muß er erklären, daß er nur unter der Voraussetzung consentiren wolle, wenn die Sache von verborgenen Mängeln frey sey; die römische Gesetze aber erlauben ihm diese Bedingung zu verschweigen, und gestatten ihm demungeachtet eine Klage.

(1) *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 14. *Westenberg* de caus. obligat. diss. 1. cap. 4. §. 14. sqq.

(2) *Frid. Gottl. Struv.* diss. de effectu erroris in contractu emt. vendit. th. 14.

(3) L. 9. in F. D. de contr. emt. L. 22. D. de V. O. *Averan.* interpret. lib. 1. cap. 19. setzt dieß sehr gut auseinander, und erklärt die hieher gehörige Gesetze.

§. 735. Wie die Einwilligung beschaffen seyn müsse.

Die Einwilligung muß 1) frey seyn. Daher giebt der Prätor gegen erzwungene Verträge restitutionem in integrum. (§. 1005.) 2) Bestimmt; eine unbestimmte Erklärung wirkt kein bestimmtes Recht, z. E. wenn ich einem erkläre, daß ich ihm etwas schenken, daß ich ihm mein Haus verkaufen wolle, aber den Preis nicht bestimme u. s. w. Nur in dem Falle, wenn der Vater erklärt, daß er seiner Tochter eine Brautgabe geben wolle: so ist das Versprechen verbindlich, und der Richter muß das Quantum, den Umständen und der Billigkeit gemäß, bestimmen. 3) Wechselseitig. Daher sind blosse Tractaten noch kein Vertrag. Wenn nemlich Leute über ein zu schliessendes Pactum deliberiren: so sagt man, sie stehen in Tractaten. So lang diese Tractaten dauern, ist noch keine wechselseitige übereinstimmende Einwilligung vorhanden. Auch die Pollicitation ist kein Vertrag. Pollicitation nemlich heist ein noch nicht acceptirtes Versprechen. Sie producirt keine Klage, ausser a) wenn

wenn sie Gott geschieht. In diesem Falle heist sie ein Gelübde, und es kann zuweilen daraus geklagt werden. (*1) b) Wenn sie dem Staat geschehen ist, und einen hinlänglichen Grund hat. Z. E. wenn jemand erklärt, daß wofern er im künftigen Jahr Burgermeister werde, er das Strassenpflaster wolle ausbessern lassen, so muß er, im Fall er das Amt erhält, sein Versprechen halten, wenn es der Staat auch nicht acceptirt hat. 4) **Aufrichtig**; wenn a) die Paciscenten einen Vertrag simuliren, aber im Ernste gar keinen haben schliessen wollen, so ist auch keiner geschlossen. Wenn sie b) äusserlich einen andern Vertrag simuliren, als sie wirklich abschliessen: so gilt der geheime, (contractus interne gestus) nicht der simulirte; wofern nur der geheime nicht den Gesetzen zuwider ist. Z. E. wenn zwey Leute einen Hauskauf simuliren, im Grunde aber gar keinen Contract schliessen wollen: so gilt auch keiner. Haben sie im Grunde statt des Kaufs eine Schenkung eingegangen, so gilt diese Schenkung, wenn ihr sonst nichts im Wege steht. Wenn z. E. Ehegatten einander schenkten, und einen Kauf simulirten: so würde weder Kauf noch Schenkung gelten. (§. 411.) 5) **Gewiß**; sie muß also entweder **ausdrücklich** oder **stillschweigend** erklärt werden.

Nemlich wenn man behauptet, daß Jemand eingewilligt habe, so muß man Gründe zu dieser Behauptung haben. Daher läßt sich bey der Einwilligung a) auf die **Gründe** selbst, b) auf die **Wahrheit der Behauptung** Rücksicht nehmen. Sieht man auf die Gründe, so sind sie entweder **Handlungen**, (**Worte** oder **Werke**) oder nicht. Im ersten Fall ist eine **wahre**, im andern eine **vermuthliche Einwilligung** vorhanden. Die wahre Einwilligung ist entweder eine **ausdrückliche** oder **stillschweigende**. Eine ausdrückliche heist diejenige, welche durch solche Worte, oder durch solche Facta erklärt wird, die den Consens **unmittelbar** zu erkennen geben, ohne daß ein Raisonnement nöthig ist; weil sie als Zeichen der Einwilligung unter den Menschen eingeführt und angenommen sind. Ein Factum dieser Art ist z. E. das **Kopfnicken**. Stillschweigend wird der Consens erklärt, wenn man Worte gebraucht, oder Facta unternimmt, woraus sich eine Einwilligung folgern läßt. Z. E. wenn ich meinem Schuldner den Schuldschein zurückgebe, so erkläre ich stillschweigend, daß ich ihm die Schuld erlassen wölle. L. 2. §. 1. D. de pact. L. 3. §. 1. D. de lib. legat. L. 59. D. de legat. III. Der Pachter eines Landgutes verpfändet dem Verpachter seine Mobilien stillschweigends, wenn er sich im Pachtcontract verbindlich macht, solche Sachen mit auf das Gut zu bringen, welche zum Bau des Gutes nicht erforderlich sind. (§. 719. Not. 12.) Endlich der **vermuthete Consens** wird weder aus Worten noch Werken, die auf

den

den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus andern Gründen geschlossen; aus der bekannten Denkungsart eines Menschen; aus den Sätzen, wer den Zweck will, will vermuthlich auch die Mittel; es ist zu glauben, daß einer das wolle, was ihm nützlich ist, u. s. w. Z. E. wenn man annimmt, daß der abwesende Vater in die Heyrath seiner Tochter consentirte, weil sie vortheilhaft ist, ob er gleich nichts davon weiß: so ist es ein consensus praesumtus. Sieht man auf die **Wahrheit**, womit der Consens behauptet wird: so wird er entweder mit **Gewißheit** oder nur mit **Wahrscheinlichkeit** behauptet. Jener heist consensus certus, dieser probabilis.

Dieses vorausgesetzt, bemerke man: wo man mit Gewißheit einen Vertrag behaupten will, da muß consensus verus und certus seyn. Ist er ausdrücklich ertheilt, so heist der Vertrag *pactum expressum*; ist er stillschweigend erklärt, so ist es ein *pactum tacitum*. Aus dem vermutheten Consens wollen einige die Quasicontracte herleiten, allein ich will unten zeigen, (§. 934.) daß dieß nicht allgemein wahr ist. (*2)

(1) *G. L. Boehmer* princip. jur. Canon. §. 348.
(2) Von den pactis tacitis s. *Bachov.* ad prot. Pand. p. 599. sqq. *Vinn.* tract. de pactis, cap. 12.

§. 736. Nur mehrere Personen können unter sich paciscren.

Ein Vertrag wird unter **mehreren Personen** geschlossen, daraus folgt, 1) daß der Vater mit seinem filio familias keinen Vertrag schliessen kann; denn Vater und Sohn werden als Eine Person angesehen. Hat der Sohn ein peculium castrense oder quasi castrense: so kann er darüber mit dem Vater **paciscren**; denn in Ansehung dieser Güter wird er als pater familias angesehen. Es fragt sich nur: gilt denn heutiges Tags ein Vertrag zwischen Vater und Sohn? Viele Juristen (*1) behaupten, daß in Deutschland Vater und filius familias contrahiren könnten. Aber ich kann mich, da das römische Recht in diesem Stück nirgends abgeschafft ist, davon nicht überzeugen, und halte es daher mit den Rechtslehrern, (*2) die dergleichen Contracte, wo nicht der Vater den Sohn zu dem Ende ausdrücklich emancipirt, für ungültig erklären. 2) Zwey filii familias eines Vaters konnten zu der Zeit, als ein Sohn noch nichts eigenes hatte, unter einander nicht paciscren; denn im Grund war es eben so viel, als ob sie mit dem Vater paciscirten. Seit der Zeit aber, als die Söhne peculia militaria und adventitia hatten, ließ sich dieser Satz nicht mehr behaupten. 3) Auch die Sklaven können, weil sie kein Eigenthum haben, nicht paciscren.

(1) Z. E. *Thomaſius* in diſſ. de uſu pract. tit. I. de patr. pot. Cap. 2. §. 9. Strube rechtl. Bed. 2. Th. 254. S.

(2) *Wernher* Part. 5. Obſ. 189. *Stryk* caut. contr. Sect. 1. Cap. 25. *Leyſer* ſp. 21. m. 5. *Renz* diſſ. mixtura iur. rom. et German. in materia patr. pot. theſ. 20. *Hommel* diſſ. de uſu hod. patr. pot. Cap. 3. §. 82. *Heimburg* diſſ. difficill. emancipat. cap. §. 55. 56. 57. welcher (§. 84.) nicht einmal eine Emancipation, die blos zu dieſem Geſchäft geſchieht, für gültig hält.

§. 737. Vom Gegenſtand der Verträge.

Durch einen Vertrag will man ſich verpflichten, und ein Recht auf den andern transferiren. Daher können 1) nur ſolche Perſonen paciſciren, welche die Adminiſtration ihres Vermögens haben. Minderjährige und erklärte Verſchwender können alſo über das Vermögen, welches unter der Verwaltung ihres Curators ſteht, keine Verträge ſchlieſſen. Verträge, welche ihre Perſon betreffen, ſind gültig. Auch wenn der Curator dem Minderjährigen oder Verſchwender etwas zu ſeiner freyen Diſpoſition, Taſchengeld z. E. giebt, ſo können ſie darüber gültig paciſciren.

2) Der Gegenſtand muß in der Gewalt der Paciſcenten ſeyn. Das iſt einerley, ob er ſchon gegenwärtig darinn, oder erſt in Zukunft in dieſelbe kommen wird. Alſo ein Vertrag iſt ungültig a) wenn der Gegenſtand nicht im Commerz iſt. Das römiſche Recht zählet dahin freye Menſchen, res ſacras, publicas und religioſas. (§. 263. 265.) Auch heutiges Tages giebt es Dinge, die durch beſondere Landesgeſetze dem Commerz entzogen ſind, man nennt ſie **Contrebande Waaren.** b) Wenn der Gegenſtand unmöglich iſt; wenn ich einem etwas verſpreche, welches ich zu leiſten auſſer Stand bin. Z. E. wenn ich einem ein Pferd verkaufe, das zur Zeit des Kaufes ſchon crepirt iſt, oder nachher crepirt. Ob ich indeſſen gleich in dieſem Falle nicht ſchuldig bin, das verſprochene Object ſelbſt zu leiſten: ſo muß ich doch zuweilen das Intereſſe präſtiren, alsdenn nemlich, wenn ich entweder zu der Zeit, da ich den Vertrag eingieng, wußte, daß ich ihn nicht erfüllen konnte; oder wenn die Unmöglichkeit erſt nachher, aber durch meine Schuld, eingetreten iſt. S. die 47. Tabelle. (* 1) c) Verträge über die Sache eines andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht; auch kann man nicht über das Factum eines andern paciſciren.

Ich ſage Verträge über die Sache eines andern präjudiciren dem Eigenthümer nicht; unter den Contrahenten ſelbſt, bringen ſie eine Verbindlichkeit hervor. Wenn mir einer eine fremde Sache verkauft hat: ſo kann ich ihn belangen,

langen, daß er mir sie tradire, oder das Interesse leiste; (daß er die Eviction prästire;) ich kann auch die Sache verjähren, wenn die zur Verjährung nöthige Erfordernisse vorhanden sind. So auch, wenn mir Jemand eine Sache leihet, vermiethet, bey mir deponiret, mir verpfändet, die nicht ihm gehört: so entsteht eine Verbindlichkeit zwischen ihm und mir; ich bin schuldig ihm die Sache zurück zu geben, und kann mich nicht mit der Exception schützen, daß die Sache einem andern zugehöre.

Was aber die Verträge belangt, deren Gegenstand ein fremdes Factum ist: so muß man folgende Fälle unterscheiden: der erste, wenn ich dir verspreche, ich wolle mir alle Mühe geben, einen dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, z. E. daß er dir seine Tochter zur Ehe gebe: so ist der Vertrag gültig; dergestalt, daß ich alle Mühe anwenden muß. Wenn ich dieß aber (mit oder ohne Wirkung) gethan habe: so bin ich von meiner Verbindlichkeit frey. Der zweyte, wenn ich dir verspreche, ich wolle es dahin bringen, daß dir ein dritter etwas leiste, z. E. dir seine Tochter gebe: so gilt der Vertrag. Nur fragt sichs: muß ich das Interesse prästiren, wenn der dritte nicht zu der Prästation zu bewegen ist. Hert und Otto (*2) distinguiren mit Recht: wenn ich ein solches Versprechen umsonst gethan habe: so bin ich nicht schuldig das Interesse zu leisten. Denn man erklärt in diesem Fall das pactum billig so, als ob ich nur versprochen hätte, alle Mühe anzuwenden. (*3) Ein anders aber ist zu behaupten, wenn ich etwas für mein Versprechen erhalten habe. Hier hat man keine Ursache, jene billige Erklärung statt finden zu lassen. Drittens der Vertrag: ich verspreche dir, daß dir Titius etwas geben, etwas thun solle, ist nach dem römischen Recht ganz ungültig. Der Grund liegt in der Natur der Formeln; denn es wird vorausgesetzt, daß dieser Vertrag durch feyerliche Worte geschlossen worden sey. Dergleichen Verträge erklärte man nach dem strengen Recht, und hielt sich fest an die Worte. Nun ist aber das Versprechen: Titius soll dir etwas leisten, wenn man bey den Worten stehen bleibt, unvernünftig. Daher gilt es nicht. Heutiges Tages aber erklärt man diesen Vertrag, als ob ich versprochen hätte: ich wolle es dahin bringen, daß Titius etwas prästiren solle. Dieß halte ich wenigstens für die richtigere Meynung. (*4)

3) Ein in den Gesetzen verbotener Vertrag bringt keine Verbindlichkeit hervor. Daher gelten nach römischem Recht die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbschaft des Paciscenten, oder eines dritten ist, der nicht in den Vertrag willigt. Nemlich a) alle Verträge, worinn ich einem meine

Erbschaft verspreche, oder auf die Erbschaft des Mitpaciscenten renunciire, sind ungültig. S. die 48. Tabelle. Wenn ich b) über die Erbschaft einer dritten unbestimmten Person paciscire, (z. E. ich verkaufe dir die erste mir anfallende Erbschaft) so ist der Vertrag gültig. Ist aber c) diese dritte Person bestimmt: (z. E. ich verkaufe dir die Erbschaft meines noch lebenden Oheims) so willigt der dritte entweder in den Vertrag, oder nicht. Im letzten Fall ist der Vertrag ungültig; im ersten gilt er zwar, aber die dritte Person ist doch nicht daran gebunden; sie kann ein Testament machen, und ihre Erbschaft zuwenden wem sie will. Auch sind die pacta über eine Sache, die im Proceß liegt, (super re litigiosa) ungültig. Während des Processes soll alles in seinem bisherigen Zustand (statu quo) bleiben; weder der Kläger noch Beklagte sollen ihre Rechte einem andern abtreten. Doch sehe man §. 867.

(1) *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente §. 3.
(2) Hert. in der im Text angeführten diss. *Ev. Otto* ad §. 3. I. de inutil. stipulat.
(3) Anderer Meynung ist *Pufendorf* animadvers. 61.
(4) *Voet.* ad Tit. P. de verb. oblig. §. 5.

§. 738. Kann man zum Vortheil eines Dritten paciscirn?

Die Verträge sind unter den Menschen dazu eingeführt, daß jeder sein eignes Bestes befördern soll. Daher kann man nach dem römischen Recht nur für sich, nicht für andere paciscirn. (* 1) Wenn ich mir für einen dritten etwas versprechen lasse, ohne Vollmacht von ihm zu haben: so ist das Versprechen ungültig. Nicht einmal der Vater kann seinem Sohne, der doch mit ihm sonst Eine Person vorstellt, durch einen Vertrag einen Vortheil verschaffen. L. 17. §. 4. L. 21. §. 2. D. de pact. Nur alsdann gilt mein Vertrag, den ich zum Vortheil eines dritten schliesse, wenn mir selbst daran gelegen ist, wenn ich ein *interesse pecuniarium*, (oder *principale*, wie es in der L. 23. D. de pact. genennt wird,) dabey habe, daß dem dritten das versprochene Object geleistet werde. Z. E. wenn sich ein Mitvormund von dem andern Caution zum Besten des Pupillen stellen läßt, (rem pupilli salvam fore:) so ist der Vertrag gültig, denn dem Mitvormunde ist selbst daran gelegen, daß das Vermögen des Pupillen gut administriret werde, weil er dafür mithaften muß. Wenn ich also mir und dem A. etwas versprechen lasse; z. E. hundert Thaler: so gilt der Vertrag nur in Ansehung meines Antheils, das heist, ich kann 500 Thlr. fordern; A. aber nichts. Lasse ich hingegen mir oder dem A. etwas versprechen: so kann ich zwar das ganze Object fordern, der Promissor aber ist auch befugt, es dem A. ganz zu prästiren. (* 2)

Heuti-

Heutiges Tags wird diese Sache blos nach dem Naturrecht beurtheilt. Daher kann ich mir für einen dritten etwas gültig versprechen lassen; wenn ich auch kein anderes Interesse dabey habe, als das Interesse der Freundschaft oder der Menschenliebe. (*3)

(1) So raisonniren die römische Juristen. Sehr gründlich ist freylich das Raisonnement nicht, *Kress* diss. de rationibus decid. in var. iur. et respons. cap. 2. §. 9.
(2) *Vinn.* de pactis, cap. 15.
(3) *Leyser* spec. 519. med. 4. Cramer Wetzl. Nebenstunden 57. Theil 136. Seite. 107. Theil, 434. Seite. *Wernher* P. 1. obs. 182. Strube rechtl. Bed. 3. Theil, 71. Seite. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 38. §. 20.

§. 739. Verschiedene äussere Bestimmungen der Verträge.

Die Paciscenten werden auf die Weise verpflichtet, wie sie sich haben verpflichten wollen. Sie können sich also unbedingt, (pure) bedingt, (sub conditione) *sub modo*, und *sub die* verpflichten.

§. 740. Von bedingten Verträgen.

Was die Bedingung und wie vielerley sie ist, haben wir oben schon gehört. §. 492. 493
Die bedingte Verträge werden entweder unter einer suspensiven oder resolutiven Bedingung eingegangen. Man s. die 49. Tabelle. Wenn der Vertrag nicht eher vollkommen ist, als bis eine gewisse Bedingung erfüllt wird: so heist er pactum sub conditione suspensiva. Wenn er hingegen gleich anfangs vollkommen ist, aber seine Gültigkeit verliert, sobald die Bedingung existirt: so ist er ein pactum sub conditione resolutiva. (*1) Z. E. wenn ich einem eine Sache mit dem Beding verkaufe, daß der Kauf erst alsdenn gelten soll, wenn ich binnen vier Wochen keinen bessern Käufer finde: so ist es ein pactum sub conditione suspensiva Schliesse ich hingegen den Kauf dergestalt, daß er zwar sogleich vollkommen seyn, aber wieder aufgehoben seyn soll, wofern der Kaufschilling binnen einem Jahr nicht bezahlt wird: so ist es pactum sub conditione resolutiva.

Was die Verträge sub conditione *resolutiva* betrift, so sind sie, so lang die Condition noch schwebt, (pendente conditione,) vollkommen, sind als conventiones purae anzusehen, und wenn ich einem vermöge eines solchen Vertrags meine Sache tradire, so wird er Eigenthümer, zieht die fructus, kann die Sache verpfänden, veräussern ꝛc. Deficiret die Bedingung, so bleibt die Convention gültig; sobald sie hingegen existirt,

existirt, so wird die Convention dergestalt aufgehoben, daß es eben so gut ist, als ob sie nie eingegangen worden wäre, (conventio retro nulla fit.) Jeder Besitzer muß also die Sache, mit allen zeither genossenen Früchten herausgeben.

Von den unter einer suspensiven Bedingung hingegen geschlossenen Verträgen ist folgendes zu bemerken.

Wenn ich 1) meinem Versprechen eine physisch unmögliche Bedingung affirmativ anhänge, das heist, ich verspreche einem etwas auf den Fall, wenn er etwas physisch unmögliches thun wird; so ist der Vertrag ungültig. Z. E. wenn ich einem ein Prämium verspreche, woferne er das Verhältniß des Cirkeldiameters zur Peripherie ganz genau angeben werde: so bin ich nicht verpflichtet. Denn dieses Verhältniß läßt sich nicht genau angeben, wie Lambert erwiesen hat.

Ist die physisch unmögliche Bedingung *negative* beygefügt, d. i. ich verspreche dir etwas, wofern du etwas physisch unmögliches unterlassen wirst, so ist der Vertrag als ein unbedingter (conventio pura) anzusehen, §. 11. I. de inut. stip.

2) Wenn ich etwas unter einer moralisch unmöglichen Bedingung verspreche: so ist der Vertrag ungültig, die Bedingung mag nun affirmativ beygefügt seyn, d. i. der Promissar soll ein unerlaubtes Factum thun; oder negativ, er soll das unerlaubte Factum unterlassen. Denn die Gesetze halten es eben sowohl für schändlich, wenn man sich etwas versprechen läßt, um eine verbotene Handlung zu thun, als um sie zu unterlassen. L. 7. §. 3. D. de pact.

3) Ist die Bedingung möglich: so gelten die Regeln: pendente conditione dies neque cedit neque venit; das heist so lang es ungewiß ist, ob die Bedingung erfüllt werden wird, oder nicht: so hat der Promissar kein gewisses, zuverläßiges Recht auf das versprochene Object; obligatio quidem concepta est, wie einige sagen, sed in utero adhuc latet. Noch weniger kann der Promissor auf das Object klagen. Indessen darf doch kein Theil pendente conditione vom Vertrag abgehen; L. 8. pr. D. de peric. et comod. rei vend. auch darf der Promissor nichts unternehmen, wodurch dem promissario seine Hoffnung aus dem Vertrage vereitelt wird, und endlich transmittiret der promissarius seine Hoffnung auf seine Erben. (* 2) Das heist, wenn er stirbt, ehe die Bedingung erfüllt wird, die Erfüllung aber nach seinem Tode erfolgt, so können seine Erben das versprochene Object fordern. Es ist

also

also bey den Verträgen nicht nöthig, wie es bey der Erbeseinsetzung, und den Vermächtnissen erfordert wird, daß der Promissarius die Erfüllung der Condition erlebe. Z. E. wenn ich einem etwas mit dem Beding verspreche, wofern mein Schiff glücklich aus Ostindien zurück kommen wird, und das Schiff erst nach seinem Tode kommt: so muß ich mein Versprechen erfüllen. Die Ursache, warum die Gesetzgeber hier etwas anders als bey den letzten Willensverordnungen statuirt haben, liegt darinn, wer einen Vertrag schließt, will nicht allein sich selbst, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen. Wenn ich hingegen einem etwas in einem letzten Willen verlasse: so denke ich gewöhnlich nur an ihn, und nicht an seine Erben; nur ihm will ich etwas zuwenden, nicht seinen Erben, die ich oft nicht einmal kenne.

4) Wenn die Bedingung erfüllt wird, so wird sie zurück gezogen, bis zum Anfang des Geschäftes. Wenn ich also heute den 1. März 1781. einen Vertrag unter einer Bedingung schliesse, und diese im Jahr 1782. erfüllt wird: so ist es eben so anzusehen, als ob diese Erfüllung schon am 1. Merz 1781. erfolgt, oder welches einerley ist, als ob die Convention ganz unbedingt geschlossen worden wäre.

5) Sobald es gewiß ist, daß die Condition nicht erfüllt werden wird, (si deficit conditio) so ist der Vertrag ungültig, und zwar *retro*, d. i. er ist nie gültig gewesen, er ist als von dem ersten Augenblick an ungültig anzusehen.

Die Anmerkung sagt: wenn ein Vertrag dergestalt geschlossen wird, daß das Object desselben anderst nicht, als im Fall eine Casualcondition existirt, geleistet werden soll: so heist er *conventio de spe*, und diese ist zweyerley. Wenn ich einem etwas unbedingt verspreche, und er mir dagegen etwas anders unter einer casuellen Bedingung: so heist es *conventio de spe proprie sic dicta*. Verspricht mir hingegen Jemand etwas unter einer casuellen Condition, und ich verspreche ihm von meiner Seite etwas anders, aber auch unter der Bedingung, daß er das seiner Seits versprochene leisten werde, so ist es *conventio de re sperata*. Z. E. wenn ich einem Fischer für den ersten Zug Fische 1. Thlr. verspreche: so ist es conventio de spe stricte. Denn er verspricht mir nur die Fische bedingter Weise, wofern er etwas fangen wird; ich aber verspreche den Thaler pure, ich muß ihn bezahlen, der Fischer mag etwas oder nichts fangen. Eben so ist es, wenn ich in die Lotterie setze. Denn ich bin den Betrag des Looses auf alle Fälle schuldig; die Lotteriecasse aber bezahlt mir den Gewinnst nur unter der Bedingung, wenn

mein

mein Loos treffen wird. Hingegen wenn ich einem für jede Ohm Wein, die im Jahr 1787. in seinem Weinberge gemacht werden wird, 10. Thlr. verspreche: so ist es conventio de re sperata. Denn er verspricht nur Wein unter der Bedingung, wenn dergleichen wachsen wird; und ich verspreche den Kaufschilling nur mit dem Beding, wenn ich Wein bekomme.

(1) Die conditio resolutiva ist mehr ein besonderes pactum resolutivum, als eine Bedingung. L. 2. §. 3. D. pro. emt. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata, § 10.

(2) § 4. I. de verb. oblig. sagt: ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio exstet, mors nobis contigerit.

§. 741. Von dem Vertrag sub modo.

Modus heist eine Clausel, welche einem wohlthätigen Geschäfte angehängt, und wodurch dem, der die Wohlthat erhält, etwas zu thun oder zu unterlassen auferlegt wird. Also der modus wird nur wohlthätigen Geschäften, das heist, solchen beygefügt, da ich auf den andern etwas unentgeltlich transferire, nichts dagegen von ihm erhalte; nur den Vermächtnissen und Schenkungen. Z. E. wenn ich einem 200. Thlr. schenke, um die Doctorwürde anzunehmen: so ist es ein Geschenk sub modo.

Der modus ist von der conditione resolutiva unterschieden. Denn 1) kann diese alle Arten von Geschäften angehängt werden; der modus, wie gesagt, nur actibus beneficis. 2) Die conditio resolutiva kann casualis und potestativa seyn; ihre Erfüllung hängt entweder von dem Willen des Promissarius, oder von äusserlichen Umständen ab; der modus aber ist allezeit potestativus; d. h. er enthält immer etwas, welches der andere thun und lassen kann, welches in seiner Gewalt steht, und nicht von äusserlichen Umständen dependiret. 3) Wenn die conditio resolutiva nicht erfüllt wird; so hört die Gültigkeit des Versprechens auf, und zwar von selbst, ipso iure. Hingegen wenn der modus nicht erfüllt wird: so geschieht dieß nicht, sondern der Promissor muß den Promissarius auf die Erfüllung des modi belangen, und wenn diese durch die Schuld des Promissars nicht mehr möglich ist, auf das Interesse.

Wer übrigens etwas sub modo verspricht, muß es leisten, wenn gleich der andere den modum noch nicht erfüllt hat, modus non suspendit obligationem,

tionem, nur muß ihm dieser Caution stellen, daß er den modum erfüllen wolle. Arg. L. 44. D. de manumiss. testam.

§. 742. Von dem Vertrage sub die.

Wenn dem Vertrag eine Zeit beygefügt wird, so heist er *pactum sub die*. Dieser Tag ist entweder **gewiß** oder **ungewiß**. Ist er ungewiß, so ist entweder beydes ungewiß, a) ob er kommen wird, und b) wann er kommen wird; die quaestio an und die quaestio quando ist unentschieden, oder nur **eins von beyden**. Ist beydes ungewiß, oder wenigstens die quaestio an nicht entschieden: so ist der Tag als eine Condition anzusehen. Was also von den Conditionen gesagt worden ist, das gilt auch hier. Z. E. wenn ich einem etwas an dem Tage verspreche, da die Americaner von England für unabhängig werden erkannt werden, oder an dem Tage, da er mündig werden wird: so ist es so gut, als ob ich es ihm unter einer Bedingung versprochen hätte.

Wie aber wenn beydes, die Frage **ob**, und die Frage **wann** der Tag kommen wird, oder wenigstens die erstere entschieden ist? Z. E. der erste Jan. 1790. ist ein Tag von dem gewiß ist, **daß** er kommt, und **wann** er kommt. Hingegen der Todestag eines jeden jetztlebenden Menschen ist gewiß in Ansehung der Frage **ob**, ungewiß in Rücksicht der Frage **wann**. Ein solches Versprechen ist entweder *ex die*, **von einer Zeit an**, oder *in diem*, **auf eine Zeit geschehen.**

Ex die verspreche ich, wenn ich das versprochene Object nicht eher, als an einem gewissen Tage leisten will; z. E. ich verspreche dir 100. Thlr. aber erst auf künftige Ostermesse zu bezahlen. In diem verspreche ich, wenn ich nur eine gewisse Zeitlang verbunden seyn will. Z. E. ich verbürge mich nur Ein Jahr lang; wenn das Jahr aus ist, will ich aus meiner Bürgschaft, weder für das vergangene noch das zukünftige verhaftet seyn. Ich verspreche einem alle Jahr 100. Thaler zu zahlen, so lang bis er mündig seyn wird.

Bey dem pacto ex die gilt die Regel: *dies statim cedit*, der Promissar hat sogleich ein Recht, *sed venit demum tempore lapso*, er kann erst klagen, wenn die bestimmte Zeit verflossen ist. Hingegen in dem pacto in diem ist die Regel: *dies statim cedit et venit*. Der Promissar erhält sogleich ein Recht, kann auch sogleich daraus klagen; *sed obligatio tempore lapso exspirat*, wenn die bestimmte Zeit verflossen ist, so hört sein Recht und meine Verbindlichkeit auf. Bey den Verträgen, welche durch feyerliche Worte geschlossen werden, statuirt das römische Recht ein anders; die daraus entstehende Verbindlichkeit

hört nach verflossener Zeit nicht auf. Dieß will ich in dem Titel de verborum obligationibus weiter aus einander setzen.

§. 743. Wirkungen der Verträge.

Die Wirkung eines gültigen Vertrages ist, 1) daß nicht allein die Paciscenten, sondern auch ihre Erben verpflichtet werden; wofern anders der Vertrag nicht persönlich war. Nemlich ein Vertrag wird entweder auf die Person der Paciscenten eingeschränkt, oder nicht. Im ersten Fall heist er *pactum in personam* oder *personale*, im letzten *pactum in rem* oder *reale*. Das pactum personale ist entweder a) auf die Person des Promittenten eingeschränkt. Z. E. ich, so lang ich lebe, will dir und deinen Erben jährlich 100. Thlr. geben; ich, so lang ich lebe, will weder von dir noch deinen Erben die Schuld fordern; oder b) auf die Person des Promissars. Z. E. du sollst lebenslang in meinem Hause den freyen Einsitz haben; oder so lang du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden; oder c) auf die Person von beyden, ich z. E. verspreche, so lang ich lebe, dir die nöthigen Alimente zu geben; so lang ich lebe, und du lebst, soll die Schuld nicht gefordert werden. Ein pactum, das nicht ausdrücklich auf die Person eingeschränkt ist, ist *reale*; denn es ist zu vermuthen, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wolle. (* 1) Ausnahmen kommen vor einmal bey der Schenkung auf den Todesfall; denn diese geht nicht auf die Erben des donatarii; zweytens wenn man bey dem Vertrag auf die persönliche Eigenschaften des Paciscenten Rücksicht nimmt, (si personae industria electa est) Z. E. in der Societät, dem mandato u. s. w. Ein successor singularis wird durch die Verträge seines antecessoris nicht verbunden. Z. E. wenn ich verspreche, daß ich und alle Besitzer meines Hauses zu des benachbarten Hauses Nutzen etwas thun wollen: so verbindet mich das Versprechen, aber den Käufer meines Hauses nicht. Allein da es in Deutschland servitutes reales in faciendo consistentes giebt: (§. 351.) so kann man nicht behaupten, daß jener römische Rechtsatz bey uns gelte.

2) Fast alle ältere, auch einige neuere Juristen (* 2) behaupten, wer ein Factum versprochen habe, könne nicht belangt werden, es zu thun, sondern der Promissarius müsse auf das Interesse klagen. Sie allegiren zur Unterstützung dieser Meynung L. 44. §. fin. D. de oblig. et act. L. 13. in fin. D. de re iud. L. 68. L. 72. pr. L. 75. §. fin. D. de verb. oblig. Allein Thomasius hat in der angeführten Dissertation gezeigt, daß diese Meynung nicht nur vernunftwidrig ist; denn warum soll ich einen nicht zur Leistung eines versproche-

sprochenen Factum eben so gut, als zur Leistung einer Sache zwingen dürfen? sondern auch daß sie durch kein Gesetz begründet wird. Die Gesetze sagen nur, wer ein versprochenes Factum nicht leiste, sey schuldig, das Interesse zu prästiren; aber sie sagen nicht, daß der Promissarius schuldig sey, sich damit zu begnügen. Das ist übrigens nicht zu leugnen, daß wenn der Promittent sich weigert, das versprochene Factum zu thun, es in den meisten Fällen rathsamer ist, das Interesse zu verlangen, als ihn zu dem Factum zu zwingen; denn er wird es, wenn ich Zwang brauche, schwerlich recht thun; so thun, daß ich Nutzen und Vergnügen davon habe. Auch ist es, weil man das Interesse selten genau bestimmen und beweisen kann, vortheilhaft, den promissorem facti zugleich eine Conventionalstrafe auf den Fall versprechen zu lassen, wenn er das Factum nicht leisten würde.

(1) Von der Distinction zwischen pactis realibus und personalibus s. *Bachov* ad prot. Pand. p. 597. sqq. und p. 648. sqq. *Vinn.* de pact. cap. 13. und Sammlung römischer Gesetze (Frkfrt. und Leipz. 1785.) S. 83.

(2) Z. E. *Beyma* tract. de obligat. dandi et faciendi, in opusculis p. 623. sqq. *Franzkius* ad Pand. tit. de praescript. verb. n. 63. und *Lauterbach* colleg. th. pr. eod. tit. §. 11.

§. 744. Was ist die arrha und wie vielerley?

Arrha, Angeld, Angabe, Aufgabe, ist eine Sache, ein Stück Geld, das ich meinem Paciscenten zum Zeichen eines bey dem Vertrage mir zukommenden Rechtes gebe. Ich kann aber eine arrham 1) geben, ehe noch der Vertrag völlig abgeschlossen und unwiderruflich ist, und in diesem Fall heist sie *arrha pacto imperfecto data*. Z. E. an manchen Orten gilt ein Contract über liegende Güter nicht vor erfolgter Confirmation. Gesetzt, ich schließe an einem solchen Ort einen Hauskauf, und gebe, ehe noch die gerichtliche Bestätigung geschehen ist, ein Stück Geld auf den Kauf. Dieses ist eine arrha pacto imperfecto data. Denn der Kauf ist noch nicht unwiderruflich. Oder gesetzt die Partheyen machen bey einem Kaufe aus, daß jedem noch so lange freystehen soll, zurück zu gehen, bis der Contract zu Papier gebracht, mundirt, unterschrieben und untersiegelt ist; der Käufer zahlt aber dem ohngeachtet sogleich ein Stück Geld an den Verkäufer. Auch hier ist eine arrha pacto imperfecto. Die Wirkung dieser arrhae ist, daß wenn der, welcher sie gegeben hat, von dem Contract abgehen will, er die arrham verliert; und daß im Gegentheil der andere, welcher die arrham bekommen hat, im Fall er zurück gehen will, die arrham doppelt restituiren muß.

Allein die arrha kann auch 2) gegeben werden, wenn der Vertrag völlig abgeschlossen, zu seiner Perfection gekommen ist: Jetzt heist sie arrha pacto perfecto data. Sie ist zweyerley; entweder wird sie a) als ein Zeichen gegeben, daß die Paciscenten befugt sind, von dem Vertrag, ob er gleich zur völligen Richtigkeit gekommen ist, wieder abzugehen; oder b) zum Zeichen, daß sie dazu nicht befugt sind. Im ersten Falle heist sie *arrha poenitentialis*, im zweyten *arrha confirmatoria*. Bey der arrha poenitentiali gilt eben das, was bey der pacto arrha imperfecto data Rechtens ist; das heist, der Geber der arrhae kann vom Vertrage abgehen, wenn er die arrham verlieren, und der Empfänger, wenn er sie doppelt zurück geben will. Die arrha confirmatoria aber erlaubt schlechterdings weder dem einen noch dem andern vom Vertrage wieder abzugehen. Nun fragt sichs, wenn nach völlig abgeschlossenem Vertrage eine arrha gegeben wird, ist sie im Zweifel für eine poenitentialem oder für eine confirmatoriam zu halten? Ich glaube, daß die letztere zu vermuthen sey; denn es ist etwas besonderes und irregulä es, daß man von einem Vertrage wieder abgehen darf, der zur Vollkommenheit gelangt ist. (*1)

(1) *Vinn.* ad pr. I. de emt. vendit. n. 12. *Lauterbach* Diss. de arrha §. 67. sqq. und die Schriftsteller, welche *Barth* dissens. in praxi, centur. 8. Dissens. 710. p. 296. anführt. *Walch* contr. p. 375. Der gegentheiligen Meynung ist *Leyser* sp. 204. m. 1. und andere.

§. 745. Die Verträge sind entweder pacta oder Contracte.

Nach dem Naturrecht verbindet jeder Vertrag, wenn nur a) die Paciscenten consentiren konnten, b) wirklich consentirt haben, und c) der Gültigkeit des Vertrags kein physisches oder moralisches Hinderniß im Wege steht. Die römische Gesetzgeber aber haben es nicht für rathsam gehalten, alle nach dem Naturrecht gültige Verträge auch im Staate für obligatorisch zu erklären; weil auf diese Weise ein Bürger zu leicht übereilt werden könnte. (*1) Sie billigen es nicht, wenn Jemand einen Vertrag nicht halten will. Aber sie glauben doch, daß es auf der andern Seite schädliche Folgen habe, wenn man aus jedem Vertrag, der nach dem Naturrecht gilt, auch in der Republik eine Klage verstatte, weil nicht bey allen Verträgen ein ernstlicher und überlegter Wille der Paciscenten statt finde. Hieraus entsteht die im römischen Recht so wichtige Distinction zwischen Contracten und pactis. (S. die 50. Tabelle.)

(1) Noch andere Ursachen führt *Bynkershoek* diss. de pactis stricti iur. contract. adject. cap. 1. in opusc. Halens. pag. 94. an.

§. 746. Was ist ein Contract, was ein pactum?

Ein Vertrag nemlich, welcher nach den alten und allgemeinen Gesetzen gültig ist, conventio ex regulis generalibus iuris civilis obligatoria, (*1) heist *contractus*; ein jeder anderer *pactum*. Jeder Vertrag kann nemlich nach den alten Gesetzen 1) obligatorisch und zu einem Contract gemacht werden, wenn man ihn in feyerliche Worte, in eine Formel einkleidet. Denn wenn dieß geschieht, so haben die Paciscenten Zeit genug, alles reiflich zu überlegen; keiner kann also sagen, daß er übereilt worden sey. Man kann aber auch 2) jeden Vertrag dadurch verbindlich machen, wenn einer der Paciscenten ihn erfüllt. Denn auch dieses giebt zu erkennen, daß es dem Paciscenten ein wahrer Ernst gewesen sey. Wer wird einen Vertrag erfüllen, bey dem es ihm kein Ernst ist? Endlich 3) giebt es fünf Verträge, welche die römische Gesetzgeber für obligatorisch, für Contracte erklärt haben, wenn nur die Erfordernisse beobachtet sind, welche das Naturrecht verlangt. Diese sind emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, emphyteusis. Die Gesetzgeber glaubten, es sey nicht thunlich, bey diesen Contracten jedesmal eine Formel zu brauchen, oder sie sogleich zu erfüllen. Demnach giebt es dreyerley Contracte: 1) *formularios* oder *stricti iuris*, die durch feyerliche Worte eingegangen werden; 2) *reales*, welche von einem der Contrahenten erfüllt, und dadurch zu Contracten geworden sind; 3) *consensuales*, welche nichts als die Erfordernisse des Naturrechts, die gültige Einwilligung beyder Theile nöthig haben.

(1) *Galvanus* de usufr. cap. 17. *Noodt* de pact. et transact. cap. 9.

§. 747. Verschiedene Gattungen des pacti.

Die pacta producirten zwar nach den alten und allgemeinen Gesetzen keine Klage. Ex nudo pacto, sagt Paulus, sentent. lib. 2. tit. 14. inter cives romanos actio non nascitur. (*1) Aber in den neuern Zeiten wurde einigen die verbindliche Kraft beygelegt, ohne daß sie doch deswegen in die Zahl der Contracte übergiengen. Sie blieben pacta, nnd producirten dennoch eine Klage. Diese werden *pacta non nuda*, oder *iusta*, oder *vestita* genennt; alle andere aber, die keine Klage produciren, heissen pacta *nuda*. Ob diese Benennungen übrigens dem Redegebrauch der römischen Juristen gemäß sind, ist noch sehr zweifelhaft. Cujacius, Wachendorf (*2) und andere behaupten, daß bey den Römern alle pacta seyen nuda genennt worden. Nur die Contracte hätten pacta non nuda conventiones non nudae geheissen. So viel ist aber gewiß, daß die Distinction selbst im römischen Recht gegründet ist.

Die non nuda sind dreyerley. Nemlich a) einige pacta wurden durch neue Gesetze namentlich bestätigt; diese heissen *pacta legitima*. Andern b) versprach der Prätor Unterstützung und Beystand. Dieß sind die *pacta praetoria*. Endlich c) wurde eingeführt, daß ein jedes pactum obligatorisch seyn sollte, wenn es einem bonae fidei-Contracte, (das heist einem Contract, der nicht durch feyerliche Worte geschlossen wird) sogleich als eine Clausel angehängt würde, Ein solches pactum heist *adiectum*. (*3) Z. E. die Ehepacten und die Schenkung sind in neueren Gesetzen für gültig, aber doch nicht für Contracte erklärt worden; sie sind also pacta legitima. Wenn ich einer Stadt Zinsen verspreche; wenn ich ein nauticum foenus (*4) übernehme; wenn ich einem Getraide darleihe, und mir Zinsen davon versprechen lasse: so sind alle diese Verträge obligatorisch, und pacta legitima. Pacta praetoria hingegen sind die Hypothek; das constitutum; (§. 846.) und das pactum de iureiurando, wenn Jemand eine Forderung an mich macht, ich ihm erkläre, daß ich ihn bezahlen wolle, wenn er die Forderung beschwören würde, und er sie wirklich beschwört. Denn nun kann er mich belangen. Endlich pacta adiecta sind z. E. das pactum de retrovendendo, wenn ich einem etwas verkaufe, und mir den Wiederkauf ausbedinge, und andere Verträge, die im §. 873. beschrieben sind. Auch ein wichtiges pactum adiectum bey den Römern war das *pactum fiduciae*. Es war ein Vertrag, da ich einem eine Sache feyerlich verkaufte und tradirte; aber mit dem Beding, daß er sie mir wieder verkaufen und tradiren sollte. Man schloß es z. E. bey der Emancipation, (§. 157.) auch in vielen andern Fällen, die Conradi beschreibt. (*5)

Noch bemerke man 1) ein pactum nudum producirte zwar keine Klage; aber der Prätor versprach doch eine Exception daraus zu gestatten. Wenn ich einem also eine Schuld durch ein pactum nudum erlassen habe, und ihn gleichwohl darauf belange: so kann er mir exceptionem pacti entgegen setzen. 2) In Deutschland sind vermöge uralter deutschen Grundsätze alle Verträge obligatorisch, wenn sie nur die Erfordernisse haben, welche §. 734. 735. 736. und 737. beschrieben worden, und wenn sie nicht durch ein besonderes römisches oder deutsches Gesetz verboten, und für ungültig erklärt worden sind. So gelten z. E. auch bey uns die Schenkungen unter Ehegatten nicht; nicht das pactum de quota litis; (*6) nicht das Spielpactum, wenn man um Geld spielt; in gewisser Maaße nicht der Verkauf der Früchte auf dem Halm, (§. 866.) und andere. Allein man schließe daraus nicht, daß es unnöthig sey, das römische System von den Contracten und pactis zu wissen. Denn ohne Kenntniß dieses Systems ist es unmöglich, das römische Rechtsbuch zu verste-

verstehen, und die Klage richtig zu benennen, die aus einem Vertrage anzustellen ist.

(1) *Vinn.* tract. de pact. cap. 6.

(2) *Cuiacius* obs. lib. 11. cap. 17. et ad L. 1. D. de pact. *Wachendorf* diss. de pactis nudis, in diss. triad. p. 389. Das Gegentheil vertheidigen *Bachov* ad prota Pand. p. 564. *Vinnius* tract. de pactis, cap. 5. §. 5.

(3) Die römische Lehre von den pactis adjectis ist auseinander gesetzt, in der angeführten Sammlung der römischen Gesetze ins deutsche übersetzt, S. 22. u. f. f.

(4) Was nauticum foenus ist, wird im Titel der Pandecten de nautico foenore erklärt.

(5) S. auch *Hellfeld* diss. de hypotheca mobilium, cap. 2. §. 7. sqq. in opusc. p. 154.

(6) Wenn man einem Advocaten verspricht, daß er als Interessent im Proceß angesehen werden, und partem quotam vom Gewinnst haben soll.

§. 748. Was sind Quasi-Contracte?

Die Contracte werden in wahre und Quasi-Contracte eingetheilt. Unter den Quasi-Contracten versteht man facta, wodurch Jemand auf dieselbe Weise verpflichtet wird, als ob er contrahirt hätte; z. E. wenn ich die Vormundschaft über einen Unmündigen oder Minderjährigen führe: so bin ich verbunden, sein Vermögen treu und ordentlich zu verwalten, und er ist schuldig, mir meine Auslagen für ihn zu ersetzen, eben so als ob ich mit ihm darüber contrahirt hätte. Daher rechnet man die Vormundschaft unter die Quasicontracte. In einem eigenen Titel, dem 28ten dieses Buches, wird die Lehre von den Quasicontracten ausführlich vorgetragen werden.

§. 749. Die wahre Contracte sind entweder benennte oder unbenennte.

Die wahre Contracte produciren entweder eine ihnen eigene und von ihnen benannte Klage, (actionem propriam et cognominem) oder nur eine allgemeine, die mehreren gemeinschaftlich ist; die actionem praescriptis verbis. Jene heissen benannte, diese aber unbenannte Contracte. Z. E. aus dem Darlehn (mutuo) entsteht eine Klage, welchem diesem Contract eigen ist, und condictio certi ex mutuo heist; aus dem commodato entsteht actio commodati directa und contraria, die ebenfalls dem commodato ganz allein eigen ist. Diese Contracte sind also benannte. Hingegen aus dem Tauschcontract entsteht die actio praescriptis verbis. Sie ist dem Tausch nicht eigen, denn sie entsteht aus allen unbenannten Contracten; sie hat auch ihren Namen

nicht

nicht vom Tausche; daher ist dieser Contract ein unbenannter. Also der Grund dieser Distinction liegt nicht im Namen des Contracts; ein Contract kann einen Namen haben, und doch innominatus heissen. Sondern er liegt in der Art der Klage, welche aus dem Contract entsteht.

Die contractus innominati werden in vier Classen abgetheilt: 1) *do ut des*, wenn ich einem eine Sache gebe, damit er mir eine andere dafür geben soll: z. E. ein Pferd für ein paar Ochsen. 2) *Do ut facias*, ich gebe eine Sache, der andere soll mir dagegen ein Factum leisten. Z. E. ich gebe dem Gärtner ein Malter Korn, daß er mir meinen Garten bestelle. 3) *Facio ut des*, ich leiste zuerst das Factum in der Absicht, daß mir der andere die Sache geben soll. Z. E. der Gärtner bestellt zuerst den Garten, um nachher das Getraide dafür zu erhalten. 4) *Facio ut facias*, ich leiste dir ein Factum, damit du mir ein anderes dagegen leistest; z. E. ich mache dir einen Appellationslibell, daß du mir ein Portrait dafür mahlest.

Die Anmerkung sagt: alle contractus formularii und consensuales sind genannte; das heist, jeder producirt seine eigne und von ihm benannte Klage. Der im neuen römischen Recht noch beybehaltene einzige contractus formularius ist die Stipulation; (Tit. 16.) dieser aber producirt seine eigne Klage, actionem ex stipulatu. Die Consensualcontracte sind: emtio, locatio, societas, mandatum, emphyteusis. Auch von diesen hat jeder seine eigenthümliche und von ihm benennte Klage. Die emtio producirt actionem emti et venditi; die locatio, actionem locati et conducti; die societas, actionem pro socio; die emphyteusis, actionem emphyteuticariam. Nur die Realcontracte werden in genannte und ungenannte abgetheilt. Benannte sind mutuum, commodatum, depositum, pignus; alle andere Realcontracte sind unbenannte. Ich will dieses noch mehr in 763. §. aufklären.

§. 750. Die Contracte sind entweder einseitig oder zweyseitig.

In einigen Contracten ist jeder der Contrahenten verbunden, etwas zu leisten, zu geben oder zu thun; in andern Contracten aber ist nur der eine Theil zu einer Prästation verpflichtet, der andere nicht. Jene heissen einseitige, (*unilaterales* oder *simplices*) diese zweyseitige (*bilaterales* oder *duplices* oder *reciprocae*.) Unilaterales sind das Darlehn, die Stipulation, die Bürgschaft, der Litteralcontract und die ungenannte Contracte. Wenn ich einem ein Darlehn gebe: so ist er mir zur Restitution verbunden, ich zu nichts.

nichts. Die Stipulation ist ebenfalls einseitig, ich verspreche dem andern etwas durch Frage und Antwort, er mir nichts. Der Bürge verspricht für den Gläubiger zu haften, ihm wird im Bürgschaftscontract nichts versprochen. (§. 805.) Im Litteralcontract wird allein der Aussteller der Handschrift verbunden, der Gegentheil nicht. In den ungenannten Contracten gebe oder thue ich dem andern etwas, und er verspricht mir, dagegen etwas zu geben oder zu thun. Also er allein verspricht etwas.

Die Bilateralcontracte sind entweder *aequales* oder *inaequales*. Wenn jeder Contrahent gleich anfangs aus dem Contract verbunden wird: so heist er *bilateralis aequalis*; wenn hingegen nur der Eine von Anfang, der andere erst nachher, zuweilen und zufälliger Weise verbunden wird: so heist er *bilateralis inaequalis*. Z. E. wenn ich einen Kauf schliesse, so werde ich gleich anfangs verbunden, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer wird gleich anfangs verpflichtet, mir die Waare zu tradiren. Also der Kauf ist ein contractus bilateralis aequalis. Wenn ich hingegen eine Sache bey Jemand deponire, so ist er gleich von Anfang verbunden, mir die Sache wieder zu restituiren, so bald ich sie verlange; ich bin anfänglich zu nichts verpflichtet. Erst in der Folge kann ich durch zufällige Umstände eine Verpflichtung bekommen. Wenn nemlich der Depositar Kosten oder Schaden von dem Depositum hat: so bin ich verbunden sie ihm zu ersetzen; das depositum ist also ein contractus bilateralis inaequalis.

Die Unilateralcontracte bringen daher nur eine einzige Klage hervor; das mutuum die condictionem certi ex mutuo; die Stipulation actionem ex stipulatu; die litterarum obligatio condictionem ex chirographo; die unbenannte Contracte actionem praescriptis verbis. Die bilaterales produciren zwey Klagen, und zwar mit dem Unterschiede: aus den bilateralibus aequalibus entstehen zwey *directae* actiones; aus den bilateralibus inaequalibus entsteht eine actio *directa* und eine *contraria*. Z. E. aus dem Kaufcontract entsteht actio emti und actio venditi, beyde sind actiones directae. Hingegen aus dem depositо entstehen zwar auch zwey Klagen, aber nur die Eine ist eine actio directa, die andere ist contraria.

Um dieses ganz zu verstehen, bemerke man: eine Klage, welche gleich anfangs aus dem Wesen eines Contracts entspringt, heist *directa*; eine solche aber, die erst nachher zufälliger Weise daraus entsteht, heist *contraria*. Da nun in den contractibus bilateralibus aequalibus beyde Theile gleich anfangs verbunden werden: so müssen auch zwey actiones directae aus diesen Contracten

entstehen. Hingegen aus einem contractu bilaterali inaequali wird nur der Eine Theil von Anfang verbunden; der andere zuweilen in der Folge, zufälliger Weise. Daher entsteht aus diesen Contracten nur Eine actio directa, und zuweilen noch eine contraria. Von den actionibus contrariis bemerkt unser Autor nach den allgemeinen Satz: sie zwecken sämmtlich auf eine Schadloshaltung ab. Z. E. wenn der depositarius bey dem deposito, der commodatarius bey dem commodato, der Pfandgläubiger bey dem Pfand Auslagen, Kosten, Schaden gehabt haben: so stellen sie actionem depositi, commodati, pignoratitiam contrariam an.

§. 751. Ferner entweder stricti juris oder bonae fidei.

Ein contractus stricti iuris heist der, in welchem die Contrahenten blos dazu verbunden sind, was sie einander ausdrücklich und wörtlich versprochen haben; bonae fidei contractus aber sind die, wo ein Contrahent auch dazu verbunden ist, was er nicht ausdrücklich versprochen, was man im Contract anzuführen unterlassen hat, weil es sonst gewöhnlich in dieser Art von Contracten prästirt wird, und man daher die Anführung für überflüssig hält. Stricti iuris Contracte waren nur diejenige, welche durch eine Formel, durch sollenne Worte geschlossen wurden, contractus bonae fidei aber alle andere. Daher waren die stipulatio und litterarum obligatio contractus stricti iuris; denn beyde wurden durch Formeln eingegangen. Hingegen das mutuum, wenigstens nach der richtigern Meynung, (* 1) commodatum, depositum, pignus, emtio, locatio, mandatum, societas waren contractus bonae fidei. Denn keiner dieser Contracte wurde durch feyerliche Worte geschlossen.

Die Distinction zwischen stricti iuris und bonae fidei Contracten, war übrigens sehr wichtig und folgenreich. Denn 1) war man in den stricti iuris Contracten keine Zinsen zu zahlen schuldig, ausser wenn man dergleichen ausdrücklich versprochen hatte; in den bonae fidei Contracten hingegen mußte man Zinsen bezahlen, so bald man in mora war. (§. 755.) 2) Die contractus stricti iuris sind gültig, wenn sie gleich durch Betrug des einen Contrahenten veranlaßt worden sind; und wenn der Betrogene den Contract nicht halten will: so muß er restitutionem in integrum dagegen suchen. Hingegen die contractus bonae fidei sind null und nichtig, wenn ein dolus dazu Anlaß gegeben hat. (§. 1007.) 3) Wenn mir mein Gläubiger etwas durch einen bonae fidei Contract schuldig wurde: so hob sich die wechselsweise Schuld ipso iure. Hingegen in den stricti iuris Contracten geschah dieses nicht. Wenn der Gläubiger aus seiner Forderung klagte, mußte ich ihn mit der exceptione doli abweisen. Diesen Unterschied hat übrigens Justinian schon aufgehoben.

Nach

Nach Justinianeischem Recht giebt es nur einen einzigen stricti iuris Contract, die Stipulation, und da wir heutiges Tages keine Stipulationen haben: so sind nach der richtigern Meynung alle Contracte bonae fidei, wir haben keine contractus stricti iuris mehr.

(1) *Iust. Henn. Boehmer* diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae §. 8. in exerc. ad Pand. Vol. 4. p. 101. sqq. *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae §. 16. **Meiern Gedanken von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers, S. 124.**

§. 752. Die Contracte sind entweder principale oder accessorische.

Wenn ein Contract voraussetzt, daß schon eine Verbindlichkeit vorhanden sey, und zur Bestärkung derselben eingegangen wird: so heist er contractus accessorius, jeder andere aber heist principalis. Das römische Recht hat zwey accessorische Contracte, den Pfandcontract und die Bürgschaft. Beyde supponiren, das mir Jemand zu etwas verbunden ist; um diese Forderung zu sichern, lasse ich mir ein Pfand geben, oder einen Bürgen bestellen.

§. 753. Lehre vom Schaden.

Sehr oft geben die Contracte Gelegenheit, daß Jemand auf Schadensersetzung klagt; daher wird hier die Lehre vom Schaden und seinen verschiedenen Gattungen vorgetragen. Auch durch *delicta* und *quasi delicta* wird einem Schaden gethan, nicht blos in Contracten; weil aber die Materie von den einzelnen Contracten nicht wohl deutlich gemacht werden kann, ehe man weiß, was und wie vielerley der Schaden ist: so hat unser Autor diese Sache hier abgehandelt.

§. 754. Was ist der Schade und wie vielerley?

Schade, *damnum* ist der Verlust eines Gutes, eines Vortheils, einer Vollkommenheit. So vielerley also die Güter sind, die man verliehren kann, so vielerley ist der Schade, in Rücksicht auf den Gegenstand. S. die 51. Tabelle. Man kann Schaden leiden an seiner Gesundheit, seinem guten Namen, seinem Vermögen u. s. w. Ist das Gut, welches ich verliere, schon wirklich mein und in meinem Besitz gewesen: so heist der Schade *damnum positivum* oder *emergens*. Wenn ich aber einen Vortheil erst zu erhalten hoffte, und mir diese Hofnung vereitelt wird: so heist es *damnum privativum* oder *lucrum cessans*. Z. E. wer mir etwas vom Meinigen stiehlt, fügt mir einen positiven Schaden zu; wer aber einen Testator beredet, mich nicht zum Erben einzusetzen, der schadet mir privative. (*1)

In Absicht der **wirkenden Ursache** wird mir der Schade entweder durch die freye Handlung des andern zugefügt, oder nicht. Im letztern Falle heist er ein **zufälliger Schade**, *damnum casuale.* (*2) Dergleichen ist z. E. der Schade, der mir durch ein Gewitter, durch Hagel, durch Ueberschwemmung zugefügt wird. Aber im ersten Fall ist die Handlung des andern entweder gerecht, oder ungerecht. Ist sie gerecht, so heist der Schade *damnum indirectum, damnum in consequentiam veniens.* Z. E. wenn mir mein Nachbar durch einen aufgeführten Bau meine Fenster verdunkelt, so ist diese Handlung, wofern ich keine servitutem luminum habe, erlaubt. Der Schade also, der mir zugefügt wird, ist ein indirecter.

Wenn aber die Handlung ungerecht ist: so geschieht sie entweder in der Absicht, mir zu schaden, oder aus Nachlässigkeit. Ist jenes, so heist es damnum *dolosum*; ist dieses: damnum *culposum.* Nemlich *dolus* ist der Vorsatz einem zu schaden; (*3) *culpa* die Unterlassung der gebührenden Aufmerksamkeit; *casus* eine Begebenheit, die man man nicht abwenden kann. (*4) Dieser ist entweder *merus* oder *mixtus.* Casus *mixtus* heist der, bey welchem eine Nachlässigkeit concurrirt; merus, mit welchem dergleichen nicht verbunden ist. Wenn man nemlich die Folgen des casus, den dadurch verursachten Schaden durch menschliche Klugheit hätte abwenden können, und es unterläßt, so heist er casus mixtus. Z. E. wenn vor fünfzig Jahren das Gewitter einschlug, und ein Haus entzündete: so war es ein casus merus. Aber wenn dieß heutiges Tags geschieht: so ist es ein casus mixtus, denn es ist Nachlässigkeit, daß man keinen Gewitterableiter angebracht hat. Man kann nicht verhindern, daß der Blitzstrahl auf das Gebäude fällt, dieß ist casus. Aber man kann ihn durch den Ableiter so leiten, daß er dem Gebäude keinen Schaden thut. Unterläßt man es, so ist man in culpa.

(1) *Paul. Wilh. Schmidt* diff. de lucro cessante et damno emergente §. 4. sqq.
(2) Den Begriff des casus fortuiti bestimmt näher *Averan.* interpret. lib. 2. cap. 26.
(3) Im 1007 §. will ich diesen Begriff noch weiter entwickeln.
(4) In den Gesetzen heist der casus auch *fatum, fortuna, casus major, vis major.*

§. 755. Was ist die mora?

Saumseligkeit, Verzug, *mora*, ist der straffällige Aufschub einer schuldigen Handlung Wenn ich z. E. auf die Ostermesse 1783. die Summe von 1000. Thaler bezahlen soll, und es ohne hinlängliche Ursachen unterlasse: so bin ich straffällig, so bin ich in mora. Die mora hat zuweilen ihren Grund in

dem

dem bösen **Willen** des Saumseligen, er will nicht zu rechter Zeit thun, was er thun sollte; zuweilen in einer **Nachlässigkeit**, er vergißt es zu thun. Wo keins von beyden statt findet, z. E. wenn der Richter auf das Geld, welches ich schuldig bin, einen Arrest legt: (*1) da ist auch keine mora.

Sie ist entweder *mora solvendi* oder *mora accipiendi*. S. die 52. Tabelle. Wenn der Schuldner nicht zur rechten Zeit giebt oder thut, was er geben oder thun sollte: so ist es mora solvendi. Wenn hingegen der Gläubiger nicht annimmt, was ihm der Schulder zu leisten bereit ist: so heist es mora accipiendi.

Die mora solvendi fängt an, wenn das Gesetz, oder der Tag, oder der Gläubiger den Schuldner interpellirt; das heist, wenn das Gesetz eine Zahlungsfrist bestimmt: so ist der Schuldner in mora, sobald diese Frist ohne Zahlung verstrichen ist; z. E. wenn das Gesetz sagt: ein studierender, der sich zu einer academischen Lehrstunde aufschreibt, soll binnen vier Wochen nach dem Anfang des Collegium pränumeriren: so ist jeder in mora, der binnen dieser Frist nicht bezahlt. Ist in dem Vertrag ein Zahlungstermin festgesetzt: so fängt die mora an, wenn dieser Termin verflossen ist, ohne daß der Gläubiger den Schuldner zu mahnen nöthig hat, (dies interpellat pro homine.) Ist aber weder im Gesetz noch im Vertrag eine solche Frist festgesetzt: so fängt die mora nicht eher an, als bis der Gläubiger den Schuldner mahnt, (debitor interpellandus est.)

Die mora des Gläubigers fängt, im Fall er eine unbewegliche Sache zu fordern hat, an, wenn der Schuldner dem Gläubiger **mit Worten** mündlich oder schriftlich bekannt macht, daß er zur Uebergabe der Sache bereit sey. Bin ich aber eine bewegliche Sache schuldig: so fängt sich erst die mora alsdenn an, wenn ich die Sache **wirklich** zu dem Gläubiger bringe, oder bringen lasse, um sie zu tradiren; er die Annahme verweigert, und ich sie alsdann im Gericht oder an einem andern sichern Ort deponire. Von den Wirkungen der mora wird im § 760. gehandelt werden.

(1) *Pufendorf* Tom. 3. obs. 170.

§. 756. Wenn wird dolus und culpa prästirt?

Dolum prästiren heist einem den Schaden ersetzen, den man ihm vorsetzlich zugefügt hat; und *culpam* prästiren, den Schaden, welchen man aus Nachläßigkeit verursacht hat, vergüten. Wenn die Frage entsteht, in wie weit dolus und culpa zu prästiren sind: so hat man folgende Regeln zu bemerken:

1) dolus wird in allen Contracten prästirt. Jeden Schaden, den ein Contra-

hent dem andern vorsetzlich zufügt, muß er ersetzen. Kann aber dieß nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag abgeändert werden? Man distinguire: wenn mich einer betrogen hat, ich ihm erkläre, daß ich keine Schadenersetzung fordern würde, und er diese Erklärung acceptirt: so ist der Vertrag gültig, (de dolo praeterito pactio valet.) Wenn ich aber mit einem das pactum schliessen wollte, daß er mich, oder ich ihn in Zukunft ungestraft solle betrügen dürfen: so würde es ungültig seyn: denn es wäre ein schändliches Pactum; (de dolo futuro paciſci non licet.) 2) In einigen Contracten zieht der dolus die Strafe der Ehrlosigkeit nach sich. Dieß geschieht nicht in allen Contracten, sondern nur in den vier sogenannten Freundscontracten; (*contractibus amicorum*) in dem deposito, der Societät, dem mandato und der Tutel. Diese Contracte schließt man nur mit solchen Personen, welche man für ehrlich und für seine Freunde hält. Ein solches Zutrauen aber zu täuschen, halten die Gesetzgeber für äusserst schändlich, und setzen deswegen die besagte Strafe darauf.

Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß auch die äusserste Nachlässigkeit in diesen Contracten die Strafe der Infamie nach sich ziehe. (*[1]) Aber andere behaupten mit besserem Grunde, daß wo die Rede von einer Strafe sey, dolus und culpa lata nicht einerley Wirkungen hätten; folglich auch culpa lata die Strafe der Infamie nicht verdiene. (*[2])

Die Note des §. sagt: in depoſito wird nur der depoſitarius nicht der deponens um eines Betrugs willen infam. Denn man giebt nur dem ein depoſitum, auf den man ein vorzügliches Vertrauen setzt. Aber man nimmt depoſita von Leuten, ohne daß man gerade ein besonderes Vertrauen gegen sie hegte. Also nur der Depositar täuscht durch Betrug ein in ihn gesetztes Vertrauen, nicht der deponens. In der Tutel wird nur der Vormund ehrlos, wenn er betrüglich handelt; der Pupill, wenn er gleich auf diese Weise handelt, nicht. Die Ursache ist die eben angeführte. Man giebt einem die Vormundschaft, weil man zu seiner Rechtschaffenheit ein besonderes Zutrauen hat; aber man wird darum nicht Vormund über einen Pupillen, weil man ein solches Vertrauen auf ihn setzt. Also nur auf Seiten des Vormundes ist der dolus ein Mißbrauch des Zutrauens, nicht auf Seiten des Pflegbefohlenen. 3) Nicht in allen Fällen wird einerley culpa präſtiret, in aliis contractibus *venit* culpa lata, in aliis levis &c. oder alii contractus *recipiunt* culpam latam, alii levem u. s. w. wie die römische Juristen sagen; zuweilen muß man schon für eine geringe Nachlässigkeit haften, zuweilen aber ersetzt man nur den Schaden, welchen man dem andern durch große Nachlässigkeit zugefügt hat.

(1) Z. E.

(1) Z. E. *Donell.* comment. Lib. 18. cap. 8. p. 161. *Perez* ad Cod. tit. ex quib. cauſ. infam. num. 5. *Bachov.* ad *Weſenbec.* tit. de his qui not. inf. n. 4. *Voet.* ad Pand. tit. eod. n. 4. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. Qu. 2. et 4.

(2) *Merill.* lib. ſing. diff. iur. cap. 12. *Struv.* Ex. 7. th. 18. ibique *Müller.* *Lauterbach* Coll. th. pr. tit. de his qui not. inf. §. 8. *Hahn* ad *Weſenbec.* ibid. num. 3.

§. 757. 758. Grade der Nachläſſigkeit.

Die culpa nemlich iſt entweder *lata*, oder *levis*, oder *leviſſima*. (*1) Unſer Autor theilt, um dieſe Grade zu erklären, die Menſchen nach ihren verſchiedenen Sitten in drey Claſſen ein, und bringt gar ſchöne poetiſche Phraſeologien dabey an. Ich glaube, daß dieß ganz unnöthig iſt, und daß man mit andern die Sache viel kürzer alſo vorſtellen kann. Eine auſſerordentlich große Nachläſſigkeit, welche nur die unbeſonnenſte Menſchen zu begehen fähig ſind, heiſt culpa lata. Eine minder große Fahrläſſigkeit, wenn nemlich Jemand die Attention unterläßt, welche ordentliche Menſchen gewöhnlich anwenden, heiſt culpa levis; und das allergeringſte Verſehen culpa leviſſima. Alſo dieſe letzte Art von culpa iſt allemal vorhanden, wenn der Schade nicht durch einen unvermeidlichen Unglücksfall geſchehen iſt. (*2) Wer z. E. im Wirthshauſe aus ſeinem Zimmer geht, und die Thüre nicht verſchließt; wer mit einem brennenden unverwahrten Lichte auf einen Heuboden geht, wer ein Faß mit Schießpulver nahe an ein Camin ſtellt; wer ein kleines Kind allein auf ein wildes Pferd ſetzt, u. d. gl. der begeht culpam latam. Wenn ich in meinem eigenen Hauſe, worinn niemand als ich mit meiner Familie wohne, mein Wohnzimmer nicht verſchließe; wenn ich mit einer nicht aufs beſte verwahrten Laterne den Heuboden beſteige: ſo iſt es culpa levis. Auch war es offenbar eine culpa von dieſem Grade, wo nicht lata, als einer bey hellem Tage nah an einem Dorfe eine Bewegung in einem Buſche ſah; ohne zu unterſuchen was es wäre, darauf ſchoß, und ein Kind gefährlich verwundete.

Dieß iſt die gemeine, und wie ich glaube, auch geſetzmäſſige Lehre von den Graden der Nachläſſigkeit. Indeſſen giebt es auch hier Heterodoxen, deren einige (*3) den Unterſchied zwiſchen der culpa levi und leviſſima verwerfen, andere (*4) zwiſchen culpa lata, latiori und latiſſima, noch andere (*5) zwiſchen culpa und negligentia, oder zwiſchen culpa verſutiae und culpa negligentiae diſtinguirt wiſſen wollen (*6)

Die Anmerkung zum §. theilt die culpam levem ein in culpam levem *in abſtracto* und *in concreto*. (*7) Nemlich culpa levis in abſtracto iſt die

vorhin

vorhin beschriebene. Wenn ich aber die Aufmerksamkeit unterlasse, welche ich sonst gewöhnlich anwende: so heist es culpa levis in concreto. Bin ich also gewöhnlich in hohem Grade nachlässig, so kann etwas bey mir culpa levis in concreto seyn, was bey andern culpa lata wäre. Hingegen kann bey einem sonst sehr ordentlichem behutsamen Menschen etwas culpa levis in concreto seyn, was bey andern nur culpa leviſſima wäre. Culpa levis in concreto wird in der Societät und communione incidente, (§. 912.) desgleichen von dem Ehemann in Ansehung des Heyrathguts geleistet. (* 8)

(1) L. 5. §. 2. D. commod. L. 23. D. de R. I. L. 47. §. 5. de legat. I. L. 19. C. de pignor. Daß die Gesetzgeber drey Grade machten, war sehr vernünftig, denn, wie *Otto* diss. de praestat. cas. solit. &c. cap. 1. §. 11. sagt: omnium rerum, quae gradus habent, quos iuxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres gradus constituendi sunt, duo extremi et tertius, qui inter utrumque sit; sin plures facias, difficultates erunt infinitae, nec ubi alter incipiat, alter desinat, definire licebit.

(2) Strube rechtl. Bed. 5. Th. 83. Seite.

(3) *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 16. cap. 7. *Struv.* Ex. 19. th. 41. et in decis. Sabbath. cap. 5. 7. 8. 11. 12. 17. nec non in diss. de dolo, culpa et casu th. 44. doch geht Struv nicht so weit als Donellus. Denn dieser glaubt, daß culpa levis und leviſſima bloß den Worten nach verschieden seyen; Struv aber behauptet nur, daß in allen Contracten, wo culpa levis zu leisten sey, auch leviſſima geleistet werden müsse.

(4) *Bartolus* ad L. 32. D. depos.

(5) *Henr. Cocceji* in collationibus iurid. ad *Struvium* collat. 10. et in hypomnem. ad instit. h. t. n. 10.

(6) Nothwendig muß man hierbey wissen, daß die römischen Juristen nicht immer die Namen culpa lata, levis und leviſſima, sondern oft auch andere brauchen; daß sie sich auch oft unbestimmt ausdrücken, und endlich in ihrem Redegebrauch nicht übereinstimmend sind. Wo *culpa* allein steht, da ist zuweilen jede Gattung gemeynt. §. 6. I. de susp. tut. (§. 254.) L. 30. §. 3. in fin. ad L. Aquil. meistens *levis* L. 5. §. 2. commod. L. 23. de R. I. zuweilen *leviſſima*. L. 16. de condict. furt. L. 8. §. 3 de precar. Culpa *lata* wird auch *latior*, L. 32. D. depos. *magna* L. 1. §. 5. de O. et A. *gravior* L. 54. § 2. de A. R. D. genennt. Anstatt *culpam leviſſimam praestare* sagen sie oft *diligentiam* oder auch *custodiam praestare*. L. 5. §. 2. D. commod. L. 13. §. 1. D. de pignor. act. L. 47. § pen. D. de legat. 1. Doch bedeuten diese Redensarten auch in einigen Stellen die Leistung der culpae *levis*. L. 5. §. ult. D. commod. §. 2. et ult. I. quib. mod. re contrah. oblig. § 5. I. de loc. conduct. und in andern wird custodia blos dem *dolo* entgegengesetzt. L. 10 §. 1. D. commod. §. ult. I. de oblig. ex delict.

(7) Diese Distinction erhellet aus der L. 25. §. 16. D. famil. herciſc. L. 72. D. pro soc. und besonders aus der L. 17. D. de iur. dot. wo es heist: in rebus dotali-

dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam *culpam*, (nemlich levem,) quia sua causa dotem accipit; *sed etiam diligentiam* praestabit, *quam in suis rebus exhibet*. Ich sehe also nicht, wie man mit *Struv.* in decis. Sabb. cap. 11. decis. ult und *Iac Gothofred.* ad L. 23. de reg. iur. p. m. 799. dieselbe verwerfen kann. *Rung* in diss. legale fundamentum culpae in abstracto et concreto (Goett. 1751.) erschöpft die Materie gar nicht.

(8) L. 17. cit. de iur. dot. G. *Beyer* diss. ad L. 66. solut. matrim. cap. 2. §. 33. in opusc. p. 55.

§. 759. Regeln von der Prästation der culpae.

In welchen Fällen aber wird denn nur culpa lata, in welchen levis, in welchen levissima geleistet? Eine intricate Frage! (*1) weil, wie gesagt, die römische Juristen sich so vielfach, oft so unbestimmt ausdrücken, auch unter sich selbst nicht einig sind. Stryk (*2) will daher die ganze Sache dem Ermessen des Richters heimgestellt haben. Aber dieß geht, da wir doch gesetzliche Vorschriften in dieser Materie haben, nicht an. Freylich bleibt immer dem Ermessen des Richters viel überlassen, weil man keinen genauen Maasstab für die Grade der Nachlässigkeit hat; allein darum hängt doch nicht alles vom richterlichen Gutdünken ab. Folgende Regeln sind wohl die richtigste und brauchbarste: Wenn culpa ausser einem Contract vorkommt; das heist, wenn Jemand, mit dem ich in keinem Contracte stehe, mir durch Nachlässigkeit Schaden thut: so muß er mir denselben ersetzen, die culpa mag nun lata, levis oder levissima seyn. Daher muß der Erbe dem Legatar culpam levissimam leisten. (§. 567.) Wenn mir jemand durch ein Delict oder Quasidelict Schaden thut, z. E. mir meine Fenster einwirft, mein Vieh todt schlägt, todt schießt, verwundet ꝛc. so muß er mich entschädigen, wenn er auch nur das mindeste Versehen begangen hat. L. 44. D de lege Aquilia, welche Stelle besonders deswegen merkwürdig ist, weil darinn das Wort *culpa levissima* steht, das sonst nirgends im corp. iur. vorkommt. Doch ist die Anmerkung vom bonae fidei Besitzer nicht zu vergessen, die oben §. 283. Num. 6. stand. Auch haben wir (§. 373.) gehört, daß der Usufructuar nur culpam levem leiste.

Wenn hingegen die Frage ist, welchen Grad der culpae ein Contrahent zu leisten habe, so muß man vor allen Dingen darauf sehen, ob etwas darüber ausgemacht worden ist. Denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu leisten hätte, sich zu Leistung der levis, oder der, so nur levem zu prästiren hätte, sich zur Prästation der levissimae verbindlich machen kann. Ist nichts ausgemacht, so bemerke man; 1) Wo die Rede von Leistung eines *facti* ist, da muß

einer culpam levem leisten. (*3) Denn wer sich zu einem facto anheischig macht, der verspricht zugleich, daß er es auf die gehörige Art, ordentlich und fleissig thun volle. Hält er dieß stillschweigende Versprechen nicht, so muß er den Schaden ersetzen. Daher kommt es, daß der mandatarius, (§. 926.) negotiorum gestor, (§. 937.) und Vormund, (§. 942.) culpam levem leisten müssen. (*4)

2) Wenn ich etwas zu geben oder zu restituiren versprochen habe: so muß man zwey Fälle distinguiren. Der erste ist: ein Contrahent zieht allen Vortheil aus dem Contract; der andere hat nichts als Nachtheil und Beschwerde davon. Der zweyte Fall: jeder Contrahent hat Nutzen, jeder aber auch Beschwerde dabey. Im ersten leistet der Contrahent, welchem allein der Contract nützlich ist, culpam leviſſimam, der andere culpam latam. (*5) Hingegen im letzten Fall leisten beyde culpam levem. Z. E. wenn ich einen Kaufcontract schliesse: so habe ich den Vortheil, daß ich Waare bekomme; aber die Beschwerde, daß ich mein Geld weggeben muß. Der Verkäufer hat den Nutzen, daß er Geld bekommt; aber die beschwerliche Verbindlichkeit, seine Sache aus den Händen zu geben. Also beyde Theile haben Nutzen und Beschwerde; beyde leisten also culpam levem. Eben so ist es im Miethcontract. Hingegen wenn ich einem eine Sache in depoſitum gebe: so habe ich den Vortheil, daß mir meine Sache verwahrt wird, und der depoſitarius nichts als die Last, daß er sie verwahren muß. Also der Nutzen ist allein auf meiner Seite. Deswegen muß ich auch culpam leviſſimam, der depoſitarius nur latam leisten. Bey dem commodato hat der commodatarius allen Nutzen, der commodans keinen. Jener leistet daher culpam leviſſiman, dieser latam.

3) Wer sich zu einem Geschäft erbietet, dem man sonst vielmehr zu entgehen sucht, der muß culpam leviſſimam leisten. Also nicht jeder, welcher sich zu einem Geschäft erbietet, ist in dieser Regel begriffen. Z. E. der Käufer, der Verkäufer, der Miethsmann u. s. w. leisten darum keine culpam leviſſimam, weil sie sich zu dem Contract offerirt haben. Nur alsdenn gilt jener Satz, wenn ich mich zu einem Geschäft offerire, welches lästig ist, wobey ich keinen Vortheil habe, oder haben soll, und das sonst Niemand gern übernimmt. Z E. wenn ich mich offerire, von einem ein depoſitum zu nehmen; (*6) wenn sich ein Vormund zur Tutel erboten hat; wiewohl ich nicht glaube, daß sich heutiges Tags, da die Vormünder beſoldet werden, dieser Satz vertheidigen lasse.

(1) *Donell.* l c. gesteht, daß in dieser Materie unauflößliche Knoten seyen. *Thomaſius* diſſ. de uſu pract. doctrin. de culpar. praeſtat. in contract. cap 1. § 1. rechnet sie unter die drey allerschwersten im römischen Recht. S. auch *Leyſer*

ser Sp. 154. med 1. Die classische Stellen sind L. 5. §. 2. sqq. D. commodat. und L. 23. de reg. iur. Ueber das letzte Gesetz haben viele Juristen, unter andern *Contius*, *Rittershusius*, Arg. 1659. 4. und *Prousteau*, bey *Merm.* tom 3. commentirt. Auch ist *d'Avezan* de contractibus lib. 1. cap. 26 sqq. *Meermann* bey Tom. 4. p. 54. sqq. und vorzüglich *Iac. Gothofredus* ad tit. de reg. iur. in opusc. p. m. 790. zu empfehlen.

(2) *Stryk* us. mod. tit. commod. §. 12.

(3) Hier kommt also nichts darauf an, ob einer das Factum umsonst thut, oder ob er dafür bezahlt wird.

(4) Eine Ausnahme macht das römische Recht bey den Feldmessern. Denn sie leisten, wenn sie falsch messen, nur culpam latam L. 1. §. 1. D. si mensor. falsi. mod. dix. die Ursache, sagt man, liegt darin, weil die Feldmesser bey den Römern in großem Ansehen gestanden hätten.

(5) Das precarium ist von dieser Regel ausgenommen. (§. 771.)

(6) Doch s. man §. 784.

§. 760. Von den Wirkungen der morae.

Die mora des Schuldners (*mora solvendi*) hat folgende Wirkungen: 1) daß der Schuldner die Gefahr der Sache tragen muß; das heist, wenn ich eine Sache zu leisten schuldig bin, und sie nicht zu rechter Zeit tradire, nun aber die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht: so muß ich den Schaden ersetzen, (mora in morosum omne transfert periculum.) Doch ist diese Regel dahin einzuschränken: wenn die mora mit Schuld daran war, daß die Sache zu Grunde gegangen ist, (si mora nocua est.) Ist die mora unschädlich, das heist, die Sache würde dennoch zu Grunde gegangen seyn, wenn sie gleich der Schuldner zu rechter Zeit tradirt hätte: so ersetzt er den Schaden nicht. (*1) Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek heute, den 1. Merz tradiren soll, es aber unterlasse, und morgen in meinem Hause Feuer auskommt, das die Bibliothek verzehrt: so muß ich den Schaden ersetzen; denn die mora ist schädlich (nocua.) Hätte ich die Bibliothek tradiret: so würde sie nicht verbrannt seyn. Man nehme aber an, daß nicht nur mein, sondern auch des andern Haus, in welchem die Bibliothek hat sollen aufgestellt werden, abbrenne. Jetzt ist die mora unschädlich (inocua.) Wenn ich gleich die Bibliothek am 1. Merz abgeliefert hätte: so würde sie doch zu Grunde gegangen seyn.

Die mora 2) wirkt eine **Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen.** Nach deutschem Recht ist diese Regel ohne Einschränkungen wahr. Nach dem römischen Recht aber gilt sie nicht in den stricti iuris Contracten, auch nicht in Darlehn. In diesen Contracten wirkte die mora keine Verbindlichkeit zur Zinszahlung.

3) Zuweilen macht die mora, daß der ganze Contract zu Grunde gehet; wenn nemlich a) dieses ausbedungen worden ist; z. E. ich verkaufe einem etwas mit dem Beding, daß wenn er den Kaufschilling nicht zur bestimmten Zeit bezahlt, der Kauf nichtig seyn solle. b) Wenn der Schuldner die Erfüllung seines Versprechens so lang verschiebt, bis sie mir nichts mehr nütze ist. Z. E. jemand liefert mir die Lampen nicht vor dem Tage, an welchem die Stadt illuminirt wird.

4) Die mora vermehrt den Werth der Sache. Wenn mir Jemand eine Sache nicht zur gesetzten Zeit prästirt, und die Rede von einem *negotio stricti iuris* ist: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der moraе an, bis zur Zeit der Litiscontestation; in den *iudiciis bonae fidei* aber den höchsten Werth, den sie bis zur Zeit der Condemnation hatte. Z. E. Jemand sollte mir am 1. August 1777. 20 Malter verkauften Waizen liefern; er unterläßt es, und wird am 1. Merz 1778. zur Lieferung condemnirt. Itzt kann ich den höchsten Werth fordern: den der Waizen zwischen dem 1. August 1777. und 1. Merz 1778. gehabt hat. (*z) Ist die Sache, die er mir leisten soll, während der moraе durch einen Zufall zu Grunde gegangen: so muß er mir den höchsten Werth bezahlen, den sie vom Anfange der moraе an, bis auf die Zeit des Untergangs hatte. Z. E. wenn mir Jemand ein Pferd am 1. Januar 1778. liefern sollte, und es unterläßt; das Pferd am 1. Jul. in seinem Stalle vom Blitz getödtet wird: so muß er den höchsten Werth bezahlen, den das Pferd zwischen dem 1. Jan. und 1. Jul. hatte. Der Werth nemlich kann während dieser Zeit sich sehr geändert haben. Wenn das Pferd im Jan. noch zwey gesunde Augen hatte, im Merz aber eins verlor: so kann ich den Werth fordern, den es vor dem Verlust des Auges hatte.

Die mora des Gläubigers (*mora accipiendi*) wirkt so viel: daß er 1) die Gefahr tragen muß. Wenn ich z. E. das Geld, das ich schuldig bin, und dessen Annehmung der Gläubiger aus nichtigen Ursachen verweigert, im Gericht versiegelt deponire, und es dort gestohlen wird: so ist der Schaden des Gläubigers. 2) Der Schuldner wird von den Zinsen des Verzugs befreyet. Nemlich so bald der creditor in mora accipiendi ist: so ist der debitor nicht mehr in mora solvendi, ist er aber nicht mehr in mora: so zahlt er auch keine usuras moraе mehr. Wenn ich einem also ein Capital von 1000. Thlr. schuldig bin, es ihm ablege, er es aber nicht annehmen will; (weil er z. E. verlangt, daß ich in Gold zahlen soll, wozu ich doch nicht verbunden bin,) ich daher das Capital gerichtlich deponire: so hört von dem Tage der Deposition an der Zinsenlauf auf. (§. 982. u. f.)

(z) Dieß

(1) Dieß ist zwar die richtigere indessen sehr bestrittene Meynung. *Wernher* sel. obs. for. Part. 4. obs. 214. §. 7. *Io. Aug. Reichard* diss. de casu obligationem tollente, (Ien. 1767.) §. 5.

(2) *Leyser* sp. 150. m. 1. 2. 3.

§. 761. Wer trägt, und wer ersetzt den casum?

Bey dem Casus sind zwey Fragen wohl zu unterscheiden: 1) wer trägt ihn, über wen geht er, wessen ist der dadurch verursachte Schaden? 2) Wer ersetzt ihn, das heist wann bin ich schuldig, den Schaden, den ein anderer durch Zufall erlitten hat, zu ersetzen? (*1) Zuweilen passirt ein Unglücksfall, und es ist zweifelhaft, wen er eigentlich treffe; (quis sentiat casum?) zuweilen aber trift mich der Casus, und ein anderer muß mir den dadurch verursachten Schaden ersetzen. (casum praestare debet.)

Was also die erste Frage angeht: so bemerke man: 1) wenn Jemand ein Factum versprochen hat, und ein Casus passiret: so trift er denjenigen, in dessen Person er sich zuträgt: das heist wenn ich a) ein Factum verspreche, und durch einen Unglücksfall verhindert werde es zu leisten: so kann ich den ausbedungenen Lohn nicht fordern. Z. E. wenn der Laquai, die Magd krank wird: so hört während der Krankheit Kost und Lohn auf. (*2) b) Wenn ich ein Factum versprochen habe, und dazu bereit bin; der andere aber durch Unglücksfall gehindert wird, es sich leisten zu lassen: so kann ich den ausbedungenen Lohn verlangen. Z. E. dem Kutscher, dem Laufer, dem Friseur gebührt Kost und Lohn, wenn gleich der Herr krankheitswegen ihre Dienste nicht brauchte. 2) Bin ich einem schuldig eine Sache zu geben, und die Sache kommt durch Unglücksfall um: so trägt der andere den Casus. Z. E. wenn ich einem eine Bibliothek verkauft habe, und sie ohne meine Schuld vor der Uebergabe verbrennt: so trift das Unglück den Käufer. Dieß drückt man durch die Regel aus: debitor speciei liberatur interitu rei. (*3) 3) Wenn ich vermöge des Contractes verbunden bin, eine Sache zu restituiren, und die Sache durch einen Casus umkommt: so trägt ihn den Eigenthümer. Z. E. wenn ich von Jemand ein Pferd gemiethet habe: so muß ich es vermöge des Contractes nach geendigtem Gebrauche zurück geben. Krepirt es aber ohne meine Schuld: so trift der Casus den Eigenthümer. Ein gleiches ist 4) Rechtens, wenn eine Sache, die ich weder zu geben, noch zu restituiren habe, durch Unglücksfall zu Grunde geht. (*4) Z. E. wenn ich ein Landgut gepachtet habe, und die Früchte durch Hagelschlag ruinirt werden: so trift mich der Casus; denn ich bin Eigenthümer der Früchte. Indessen kann ich doch, um der Billigkeit willen, einen Nachlaß am Pachtgelde fordern. (§. 889.)

So viel hingegen die zweyte Frage betrift: so ist die Regel: Niemand ist schuldig, den einem andern durch Unglücksfall verursachten Schaden zu ersetzen, ausser a) wenn er den Casus übernommen hat; z. E. wenn ich von einem ein Haus miethe, und mich verbindlich mache, für die Unglücksfälle zu stehen: so muß ich sie ersetzen; brennt also das Haus, auch ohne meine Schuld ab: so muß ich den Werth bezahlen. b) Wenn der casus mixtus, das heist, wenn culpa mit dem casu verbunden ist, der casus nicht erfolgt seyn würde, wofern die culpa nicht passirt wäre, si culpa ad casum *ordinata* est, wie die Juristen sagen, und endlich ein solcher Grad von culpa vorhanden ist, als in dem vorliegenden Falle prästirt werden muß; (§. 754. §. 759.) oder c) wenn einer in mora ist, und diese zum Untergange der Sache etwas beygetragen hat. (§. 760.)

(1) G. *Beyer* diss. ad L. 66. solut. matrimon. cap. 2. §. 9. in opusc. p. 44.
(2) *Lauterb.* coll. th. pr. tit. locat. cond. §. 105. *Muller* ad *Struv.* Ex. 44. th. 22. not. β. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 68. Bed. Anderer Meynung ist *Leyser* sp. 212. Med. 5. und *Walch* controv. p. 392.
(3) Diese Regel hat in allen Contracten ausser Zweifel statt, nur bey den unbenannten macht L. ult. D. de condict. causa dat. caus. non secut. Schwierigkeit. S. *Io.* van *Neck* diss. ad h. l. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 2. Tom. 2. pag. 383. sqq.
(4) *Reichardt* diss. cit. §. 2.

§. 762. Uebergang zu den einzelnen Contracten.

Nachdem wir die allgemeinen Sätze von den Verträgen, und den dahin einschlagenden Materien kennen gelernt haben: so wollen wir nun die einzelne Arten von Contracten betrachten, zuerst die reales Tit. 15. alsdenn die verbales Tit. 16. 17. 18. 19. 20. 21. darauf die litterales Tit. 22. endlich die consensuales Tit. 23. 24. 25. 26. 27.

TIT. XV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

§. 763. Was sind Realcontracte?

1) Contractus reales heissen die, deren verbindliche Kraft in der Erfüllung von Seiten des Einen Contrahenten liegt. Wenn ich nemlich 2) mit einem paciscire: so ist der Vertrag entweder in sollenne Worte eingekleidet, oder nicht.

nicht. Im ersten Fall ist er ein contractus formularius. Im letzten Falle ist er entweder einer von folgenden fünfen: emtio, locatio, societas. mandatum, emphyteusis; oder nicht. Wenn er einer von diesen fünfen ist: so heist er contractus consensualis. Ist er keiner davon: so ist er entweder von Einem Paciscenten erfüllt, oder nicht. Hat ihn noch keiner erfüllt: so ist er ein *pactum*. Wenn ich aber den Vertrag erfülle, oder der andere ihn erfüllt: so wird er ein *contractus realis*. Z. E. wenn ich mit einem den Vertrag mache, daß er mir sein Pferd für meinen Ochsen geben soll: so ist es ein pactum nudum. Sobald ich ihm aber das Pferd, oder er mir den Ochsen übergiebt: so wird das pactum in einen Realcontract verwandelt.

Also 3) alle Realcontracte entstehen aus pactis nudis, die ich, (um mich kurz ausdrücken zu können,) *pacta antecedentia* nennen will. Vor dem Darlehn geht das pactum de mutuo dando; vor dem Commodat das pactum de commodando; vor dem Depositum das pactum de deponendo; vor dem Pfandcontract das Pactum de pignore dando; vor dem Tausch das pactum de permutando voraus u. s. w.

4) Die Realcontracte haben ihren Namen nicht daher, weil sie eine Realklage wirken. Nein; Realklagen entstehen nur aus dem dinglichen Rechte, (iure in re;) ein Contract giebt blos ein persönliches Recht, (ius ad rem; §. 293. Anmerk.) daher entstehen auch nur Personalkagen aus den Contracten.

5) Man theilt die Realcontracte in nominatos und innominatos ein. Nominati sind vier: mutuum, commodatum, depositum, pignus. Sie entstehen alle aus pactis, wo nur Ein Theil etwas aus dem seinigen zu leisten verspricht. Bey dem Darlehn verspreche ich, die Sache dem andern zu borgen; bey dem Commodat verspreche ich, ihm dem Gebrauch unentgeltlich zu verstatten; in dem Depositum verspricht der Depositar, die Sache umsonst zu verwahren; in dem Pfandcontract verspreche ich, meine Sache zur Sicherheit der Schuld zu übergeben. Alle andere Realcontracte, ausser den vier benannten, sind innominati. Man theilt sie in vier Classen ein, do ut des do ut facias, facio ut des, facio ut facias: und sie entstehen sämmtlich aus solchen Verträgen, wo beyde Theile etwas aus dem ihrigen leisten.

6) Bey den Römern producirte das pactum antecedens keine Klage. Z. E. aus dem pacto de mutuo dando, wenn mir Jemand versprochen hatte, ein Darlehn zu geben, konnte man nicht klagen, und so auch bey allen übrigen.

gen. Heutiges Tags entsteht zwar aus diesen Verträgen schon eine Klage; aber gleichwohl sind sie von den darauf folgenden Contracten noch immer verschieden. (*1) Etwas anders ist der Vertrag, ich will dir ein Darlehn, ein Pfand geben, etwas anders der Darlehncontract, da ich einem das Darlehn wirklich gebe, der Pfandcontract, da ich ihm das Pfand wirklich tradire. Daher entsteht auch aus den pactis antecedentibus nicht dieselbe Klage, die aus den Realcontracten selbst entsteht. Z. E. aus dem contractu mutui kann der Gläubiger die actionem mutui auf die Wiedererstattung anstellen. Diese fällt aber bey dem pacto de mutuo dando weg. So lang ich noch nichts gegeben habe, kann ich auch nicht auf die Wiedererstattung klagen. Eben so wenig hat actio depositi, commodati, pignoratitia statt, so lang nur noch pactum de deponendo, commodando, pignore dando vorhanden ist, wie man einsehen wird, wenn man die Definitionen dieser Klagen §. 776. 777. 788. 789. 797. 798. betrachtet.

(1) Es ist also ein Irrthum, wenn *Titius* in iur. privat. Lib. 1. cap. 4. §. 1. das Gegentheil behauptet.

§. 765. Erklärung des Darlehns.

Das Darlehn, *mutuum* ist ein Realcontract, da ich einem eine fungibele Sache dergestalt gebe, daß er Eigenthümer davon werden, und eine andere von gleicher Qualität und Quantität zurück geben soll. Fungibele Sachen heissen hier bewegliche Dinge, die man einem im Commerz zuzählt, zumißt, zuwiegt; z. E. also Getraide, Fleisch, Wein, Bier, Geld, Eyer, Aepfel u. d. gl. sind res fungibiles. Noch eine andere Erklärung steht im Paragraph: res fungibiles sind, in quibus tantundem est idem, ubi una res fungitur vice alterius, das heist, bey welchen es einem ganz einerley ist, ob man dieses individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat; bey welchen kein pretium affectionis statt findet. (*1) Es ist z. E. Jederman völlig einerley, ob er dieses Malter Korn, oder ein anderes von gleicher Güte hat. Die Personen, welche diesen Contract schließen, sind der *mutuans* Darleiher, Gläubiger, und *mutuatarius*, oder der Schuldner.

(1) Paulus sagt in der L. 2. §. 1. de reb. cred. mutui datio consistit in his rebus quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Ueber diese dunkle Stelle ist viel geschrieben, sie ist auf mancherley Art emendirt und erklärt worden. M. s. *Iac Gothofredi* diss. de functione et aequalitate in mutuo, ad intellectum veramque lectionem L. 2. de reb cred. (in opusc. Lugd. Bat. 1733.) p. 517. sqq. *Bynkershoek* observ. I. 10. *Idsinga* diss.

diff. de mutuo et veteri literar. obligat. cap. 3. §. 9. in *Oelrichs* thesaur. nov diss. Belgicar. Vol. 1. Part. 1. p. 130. seqq.

§. 766. Grundsätze vom Darlehn.

Das Darlehn erfordert also 1) *res fungibiles*. Das gewöhnliche Object des Darlehns ist Geld. Indessen kann es auch Getraide, Brod, Butter, Wein und jede andere fungible Sache seyn. 2) Diese Sache gebe ich dem andern. (*1) So lang dieses nicht geschieht, ist der Darleihcontract noch nicht vorhanden. Und zwar 3) dergestalt, daß er Eigenthümer werden soll. Er kann also darüber nach Gefallen disponiren. Daraus folgt, daß das mutuum eine Alienation enthält. Denn eine Alienation ist nichts anders, als die Uebertragung meines Eigenthums auf einen andern. Salmasius hat in seinem Werk de usuris (*2) den Satz aufzustellen gesucht, daß das mutuum keine Alienation sey. Darüber gerieth er mit den Juristen seiner Zeit in einen Streit, der viele Schriften gebahr, und dessen Geschichte Walch (*3) erzählt. Seine Argumente sind alle leicht zu beantworten, wenn man nur zwischen der Quantität, und der körperlichen Sache, die der Gläubiger dem Schuldner darleihet, (corpora quae mutuo dantur) distinguirt. Die Quantität, welche man einem borgt, alienirt man nicht; das heist, man begiebt sich nicht des Rechtes, diese Quantität wieder zu fordern; aber die körperliche Sache, welche man tradirt, wird alienirt; denn man giebt dem andern das Eigenthum derselben. Und deswegen, weil nemlich die Quantität nicht alienirt wird, heist es in der L. 55. cit. nummi non alienantur, qui sic dantur ut recipiantur; das heist sie werden nicht gänzlich, nicht in allem Betracht alienirt. Auch nennt man eben darum geborgtes Geld aes alienum; weil der Schuldner nemlich so viel, als er bekommen hat, restituiren muß; weil die Summe res aliena ist.

(1) Hat Jemand meine Sache schon in Händen, z. E. ich habe Geld bey einem deponiret, oder mein Commissionair hat Geld für mich eingenommen: so ist es genug, wenn ich erkläre, daß er sie als ein Darlehn behalten solle; es ist genug, daß ich sie ihm *brevi manu* tradire. L. 15. D. de reb. cred. L. 34. §. 1. D. mandat. Diesem Satz scheint indessen L. 34. pr. mandat. geradezu zu widersprechen, celebris illa et inexplicabilis *ἀντινομία*! wie P. Faber sagt. Man muß mit *Idsinga* diss. de mutuo, in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. belgicar. Vol. 1. Part. 1. p. 149 sqq. und mit andern annehmen, daß Lucius Titius (in der L. 34. pr.) auf den Brief seines Commissionairs nicht geantwortet habe, wiewohl diese Erklärung auch ihre Schwierigkeiten hat.

(2) Lugd. Bat. 1638.

(3) In controvers. p. 312. Man s. auch *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 4. und *Idsinga* diss. cit. cap. 4.

§. 767. Wer ein Darlehn geben könne?

Weil in dem Darlehn eine Veräusserung liegt: so folgt 1) daß nur der ein Darlehn geben könne, welcher alieniren kann. 2) Wenn Jemand ein Darlehn giebt, der zur Veräusserung nicht berechtigt ist, z. E. ein Pupill, Minderjähriger, erklärter Verschwender: so kann die Sache zurück gefordert werden. Wenn sie noch vorhanden ist: so hat rei vindicatio statt. Ist sie aber nicht mehr da; z. E. der Schuldner hat das geborgte Geld ausgegeben, den geborgten Wein getrunken, das Brod gegessen: so ist sie entweder bona fide consumirt, oder mala fide. Bona fide, das heist der Schuldner hat geglaubt, daß der Gläubiger befugt sey, das Darlehn zu geben; mala fide, er hat das Gegentheil gewußt. Hat er sie bona fide consumirt, so kann er condictione sine causa belangt werden, daß er eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität zurück gebe. Ist er aber in mala fide gewesen: so hat nicht nur condictio sine causa, sondern auch actio ad exhibendum statt. Diese letzte Klage ist vortheilhafter für den Kläger, als jene erste, wie ich oben (§. 419.) angemerkt habe. 3) Wenn Jemand eine fremde Sache, ohne Auftrag vom Eigenthümer dazu zu haben, ausleihet: so ist ebenfalls der Contract ungültig, und der Eigenthümer kann die Sache mit denselbigen Klagen, wie in vorigem Falle, zurück fordern.

§. 768. Was entsteht aus dem Darlehn für eine Verbindlichkeit?

Wer ein Darlehn giebt, veräussert zwar das Individuum, welches er weggiebt, die körperliche Sache, die der Gegenstand des Darlehns ist; aber nicht die Quantität. Daher muß dann 4) der Schuldner eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als er bekommen hat, zurück geben. Von derselben Quantität; hat er also eine Ohm Wein bekommen, so muß er auch eine Ohm restituiren. Von derselben Qualität; hat er Hochheimer erhalten, so muß er Hochheimer und keinen Bergsträser zurück geben.

5) Der Vertrag, daß mir der Schuldner weniger zurück geben soll, als er empfangen hat, ist gültig; denn ich habe ihm in diesem Falle den Ueberrest erlassen. Aber der Vertrag, daß er mehr restituiren solle, war nach dem römischen Recht nicht gültig, wenn er nicht durch eine Stipulation befestigt wurde. Re enim, sagt Paulus in der L. 17. de pact. non potest obligatio contrahi nisi quatenus datum sit. Heutiges Tages ist dieser Vertrag verbindlich, nur muß kein unerlaubter Wucher darin stecken. Wenn ich z. E. einem 1000. Thlr. borgen, und mir versprechen lassen wollte, daß mir der Schuldner nach Verlauf eines Jahres 1200. Thlr. restituiren solle: so würde

der

der Vertrag ungültig seyn; denn ich würde auf diese Weise 20. pro Cent profitiren, da doch die Gesetze nur 5. pro Cent Zinsen erlauben,

6) Auch Zinsen wurden nach römischem Rechte im Darlehn nicht bezahlt, wenn sie nicht ausdrücklich durch eine Stipulation versprochen waren. (*1) Heutiges Tages muß der Schuldner Zinsen entrichten: a) Wenn er sie entweder versprochen hat, oder b) sich in mora befindet; z. E. mir das dargeliehene Geld auf den bestimmten Termin nicht zurück bezahlet. (*2)

7) Zuweilen geschieht es, daß nachdem ich einem Geld vorgeliehen habe, eine Münzveränderung geschieht. Alsdenn entsteht die Frage, in welchem Münzfusse das Darlehn wieder zu geben ist. Z. E. in den Jahren 1761. und 1762. cursirten Münzen, welche 30. Kreuzer galten, und Ephraimiten hiessen, aber im Jahr 1763. auf 12. Kreuzer herunter gesetzt wurden. (*3) Der französische Laubthaler, welcher jetzt nur 2 fl. 45 kr. gilt, war damals auf vier Gulden und höher gestiegen. Gesetzt nun, daß ich einem im Jahr 1761. 1000. Thlr. in 30. kr. Stücken, oder in Laubthalern, das Stück zu 4 fl. geliehen hätte, und das Geld jetzt im Jahr 1782. ablegen wollte, wie viel bin ich zu bezahlen schuldig? Oder im Jahr 1770. galt der alte Louisd'or nur 8 fl. 45 kr. Jetzt im Jahr 1782. gilt er 9 fl. Wenn ich nun im Jahr 1770. ein Capital in alten Louisd'or, das Stück zu 8 fl. 45. kr. bekommen habe, und es jetzt restituiren will: so ist die Frage: gebe ich den Louisd'or zu 9 fl. oder nur zu 8 fl. 45 kr. Man unterscheide folgende Fälle: a) Wenn eine gewisse Zahl von Geldstücken gegeben, und ausgemacht ist, daß eine gleiche Zahl restituirt werden soll: (z. E. ich leihe einem 100 Stück Ducaten und verspreche 100 Stück wieder zu geben,) so bleibt es bey dem Vertrage, und es kommt nichts darauf an, ob diese Sorte Geld in Werth steigt oder fällt. b) Wenn etwas über den Münzfuß ausgemacht ist: so hat es dabey sein Bewenden. Z. E. Ich leihe dir 1000 Thlr. im 20 fl. Fusse, und verspreche diese Summe in gleichem Fusse zu restituiren. c) Ist nichts ausgemacht, und die Münzveränderung ist allgemein; das heist, alle Münzsorten ändern ihren innern oder äussern Werth, es wird ein ganz neuer Münzfuß eingeführt: so wird auf die Zeit des Darlehens gesehen; das heist, der Schuldner bezahlt das Capital in dem Münzfusse wieder, worinn er es bekommen hat; er giebt dem inneren wahren Werth nach eben so viel wieder. als er empfing. Wer also im Jahr 1761. 1000 Thlr. in damaligen geringen Münzsorten borgte, der ist jetzt keine 1000 Thlr. im 24 fl. Fusse wieder zu geben schuldig; sondern nur so viel, als jene 1000 Thlr. in schlechten Münzen, nach dem 24 fl. Fusse ausmachen. Denn

sollte er 1000 Thlr. in den jetzt cursirenden guten Münzen geben: so würde er offenbar Schaden, und der Gläubiger einen ungerechten Vortheil haben; weil sich mit allgemeinen Münzveränderungen auch die Preise der Dinge ändern. So wie die Münze schlechter wird, steigen die Preise der Waaren, und wenn die Münze besser wird, fällt der Preis. Man bekam z. E. im Jahr 1761. für einen Ephraimiten nicht so viel Waare, als man jetzt für 30 Kreuzer erhält. d) Wenn die Münzveränderung nur particulär ist; das heist, wenn nur eine oder die andere Münzsorte ihren Werth ändert: so wird auf die Zeit der Zahlung gesehen; das ist, der Schuldner bezahlt die Münze in dem Werthe, den sie jetzt, zur Zeit der Zahlung hat. Z. E. also wer im Jahr 1770 ein Capital in Louisd'or, das Stück zu 8 fl. 45 kr. erborgte, und es jetzt im Jahr 1782. in Louisd'or ablegt, der kann das Stück zu 9 fl. anrechnen. Der Gläubiger leidet dabey keinen Schaden; denn wenn er im Jahr 1770. etwas für 9 fl. einkaufte, und einen Louisd'or in Zahlung brauchen wollte: so mußte er noch 15 kr. darauf legen. Dieß braucht er jetzt nicht; er kann mit einem Louisd'or allein so viel ausrichten, als er im Jahr 1770. mit einem Louisd'or und 15 kr. thun konnte. Particularmünzveränderungen machen keine Aenderung in den pretiis rerum. Niemand hat diese ganze Materie so ausführlich und gut als Herr Prof. Schmidt abgehandelt. (*4)

(1) Selbst alsdann nicht, wann der Schuldner in mora war; denn das mutuum war seinem Wesen nach ein negotium gratuitum. *I. H. Boehmer* diss. de fundamento usurar. pecuniae mutuaticiae, §. 10. sqq. in exercit. ad Pand. Vol. 4. p. 107. sqq.

(2) Ausserdem bezahlt er nach der richtigern Meynung keine Zinsen; denn man kann mit Grund weder einen präsumtiven noch stillschweigenden Consens des Schuldners in die Zinsenzahlung annehmen. *Berger* oec. iur. p. 562. edit. noviss. *Stryk* us. mod. tit. de reb. cred. §. 10. et in cautel. contract. sect. 2. cap. 1. §. 25. *Leyser* Sp. 130. med. 3. 4. Sp. 148. med. 9. Sp. 244. med. 2. *Boehmer* diss. cit. §. 31. p. 143. *Reinharth* diss. de his, quae nobis invitis fiunt, p. 29 sqq. Anderer Meynung sind: *Richter* dec. 74. n. 17. *Schilter* Ex. 22. th. 14 Ex. 35. th. 11. *Titius* in iur. privat. lib. 4. cap. 8. §. 2. et 15. *Io Frid. Hohmann* diss. an usurae ex mutuo non tantum ob pactum et moram sed et propter naturam contractus solvendae sint, cap. 2. pag. 21. sqq. Carl Adolph von Braun ob das Darlehn gemeiniglich verzinslich sey, im Schottischen jurist. Wochenblatt, 3. B. 21. Abth. Daß übrigens die erste an sich gegründete Lehre ihre Einschränkungen leide, zeigt *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticiae, §. 26 sqq.

(3) Nemlich nach dem Zwanzigguldenfusse giebt eine Mark feines Silber nur $13\frac{1}{3}$ Thaler. In den Jahren 1757. 1758. wurde aber die Mark für 19. 24. Thaler, im Jahr 1759. für 25. 30. und in den Jahren 1760. und 1761. gar für 31. 33. Thaler ausgebracht. Praun's gründliche Nachricht vom Münzwesen, (Leipz. 1784. 8.) S. 164.

(4) Joh.

(4) Joh. Ludw. Schmidt Abhandl. in was für Münzsorten eine Geldschuld abzutragen. (Jena 1763. 4.) Zweyte vermehrte Aufl. 1782. Ebendesselben rechtl. Entscheidungen von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen. Jena 1769. 4.

§. 769. Die aus dem Darlehn entstehende Klage.

Aus dem Darlehn entsteht nur Eine Klage, denn es ist ein contractus unilateralis; die *actio mutui*, oder *condictio certi ex mutuo*. Der Gläubiger oder sein Erbe stellt sie gegen den Schuldner oder dessen Erben, dahin an, daß Beklagter eine Sache von derselben Qualität und Quantität, wie er empfangen hat, zurück geben solle.

§. 770. Erklärung des Leihcontractes.

Der **Leihcontract** oder *commodatum* ist ein Realcontract, da ich einem eine nicht fungible Sache zu einem gewissen Gebrauche unentgeltlich gebe, so daß er dieselbe Sache (rem in specie) nach geendigtem Gebrauch zurück geben soll. Z. E. ich gebe einem mein Pferd unentgeltlich, um damit eine Reise nach Frankfurt zu machen; verstatte einem den Gebrauch eines Buchs, um darüber ein Collegium zu hören.

Ich sage der Gegenstand dieses Contractes sind nicht fungible Sachen. Denn fungible Sachen kann man nicht wohl brauchen, ohne sie zu consumiren, zu verderben, wegzugeben; gleichwohl soll der Commodatar die geliehene Sache in Natur und unverdorben wiedergeben. Fungible Dinge, z. E. Wein, Getraide, Geld, sind also kein Gegenstand dieses Contractes. Wenn es indessen möglich ist, eine gewisse fungible Sache zu gebranchen, ohne sie zu consumiren oder auszugeben, und ich sie einem mit dem ausdrücklichen Beding zu einem solchen Gebrauch gebe: so ist der Contract ein commodatum. (*1) Z. E. in einer gewissen Reichsstadt soll zwar ein jeder neu aufzunehmender Bürger eine gewisse Summe im Vermögen haben, der wohlweise Rath aber begnügt sich, wenn der recipiendus die Summe vorzeigt, ohne zu untersuchen, ob sie ihm eigen sey. Wenn ich nun an diesem Ort einem diese Summe leihe, daß er sie vorzeigen, und mir alsdenn zurück geben soll: so ist es ein Commodatscontract. Das ist gleich viel, ob a) die Sache beweglich oder unbeweglich, b) körperlich oder unkörperlich, c) dem der sie leihet eigen oder nicht eigen ist; das heist, wenn ich einem eine Sache leihe, welche nicht mein ist: so kann ich dem ungeachtet die actionem commodati gegen ihn anstellen. (§. 737.) (*2)

Die bey diesem Contract vorkommende Personen sind der *commodans*, welcher den Gebrauch seiner Sache einem andern verstattet, und der *commodatarius*, welcher die fremde Sache gebraucht.

(1) So ist L. 4. D. commodat. zu verstehen, wo es heist: saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae ut *dicis gratia* numerationis loco intercedant. Ueber die wahre Lesart dieser Stelle, auch den Ursprung und die Bedeutung der Phrasis dicis gratia s. *Wieling* lect. iur. civ. lib. I. cap. 3.
(2) L. 16. D. commodat.

§. 771. Grundsätze vom Leihcontract.

1) Das Commodat wird zu einem gewissen bestimmten Gebrauche gegeben. Commodatum ist also kein precarium. Precarium nemlich heist ein prätorisches pactum, da ich einem eine Sache zu einem unbestimmten Gebrauche gebe, mit dem Beding, daß er mir sie zurück geben soll, sobald ich es verlange. Der Unterschied dieser beyden Geschäfte fällt in die Augen. a) Bey dem Commodat ist der Gebrauch der Sache bestimmt, bey dem Precarium nicht. b) Die commodato gegebene Sache kann man der Regel nach nicht als nach geendigtem Gebrauche zurück fordern, die precario verliehene Sache, so bald es einem gefällt. Wenn man z. E. Bücher verleihet, so geschiehet es meistens durch ein precarium. Denn man bestimmt den Gebrauch nicht, und kann sie zurück fordern, sobald man will. Daher wird auch c) in dem commodato, wie wir (§. 774.) hören werden, von dem, der die Sache zum Gebrauch erhält, culpa leviſſima präſtirt, im precario nur culpa lata. (*1) 2) Das Commodat wird unentgeltlich gegeben. Sobald ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas versprechen lasse: so ist es kein Commodat mehr. Bekomme ich Geld: so ist es ein Miethcontract, (locatio conductio;) bekomme ich etwas anders, als Geld: so ist es contractus innominatus do ut des. 3) Der Vortheil bey diesem Contracte ist also ganz auf Seiten des commodatarii; der commodans hat die Beschwerde, daß er den Gebrauch seiner Sache entbehren muß. 4) In dem Darlehn (mutuo) wird das Eigenthum übergetragen; dieß geschieht in dem Commodat nicht; der commodans bleibt Eigenthümer, der Commodatar bekommt nur das Recht, die Sache zu gebrauchen.

(1) Warum in dem precario nur culpa lata geleistet werde, weiß ich nicht. Ulpian sagt in der L. 8. §. 3. de precar. quia totum hoc ex liberalitate descendit eius, qui precario concessit. Aber eben darum sollte culpa leviſſima präſtirt werden. Und kann man von dem Commodat nicht auch sagen, totum descendit ex liberalitate eius, qui commodavit? Eben so wenig befriedigend sind die andere

andere Urſachen, die man anführt. S. *Iac. Gothofred.* ad L. 23. de R. I p. m. 806. *Puſendorf* de culpa, §. 260. *Thomaſii* diſſ. de uſu pract. doctrinae iur. rom. de culp. praeſtat. cap. 1. §. 48. ſqq.

§. 772. Wie lange und wie hat der commodatarius die Sache zu gebrauchen?

Das Commodat wird zu einem beſtimmten Gebrauche gegeben. Daher kann der commodans die Sache der Regel nach nicht vor geendigtem Gebrauche zurück fordern. Ich ſage der Regel nach. Eine Ausnahme iſt: wenn ein unvermutheter Vorfall macht, daß der commodans ſeine Sache ſelbſt nöthig hat. Wenn ich z. E. einem mein Pferd auf acht Tage geliehen habe, und mir eine unvermuthete Reiſe vorfällt: ſo kann ich das Pferd vor geendigten acht Tagen zurück fordern. (*[1]) 2) Der commodatarius darf die Sache nicht anders gebrauchen, als ihm vorgeſchrieben iſt. Wenn er ſie anders gebraucht z. E. das ihm zum Reiten geliehene Pferd einſpannt, oder das Pferd, das ich ihm zu einer Reiſe von ſechs Meilen gab, weiter mitnimmt, ſo begeht er eine unerlaubte Handlung, welche furtum uſus heiſt. Man ſehe §. 1024.

(1) *Struv.* Ex 19. th. 8. *Hahn* ad *Weſenb.* tit. de commod. num. 11. *Berger* O. I. pag. 584. ed. vet. *Stryk* ad *Lauterb.* dict. tit. n. 22. Anderer Meynung ſind *Tulden.* ad Cod. eod. tit. n. 1. *Voet.* ad Pand. dict. tit. §. 9.

§. 773. Der Leihcontract iſt unentgeltlich.

Wenn ich mir für den Gebrauch meiner Sache etwas verſprechen laſſe: ſo iſt der Contract kein commodatum. Giebt mir aber der commodatarius ein honorarium, das heiſt, er giebt etwas nach geendigtem Gebrauche, freywillig: ſo wird dadurch der Commodatscontract in keinen andern verwandelt. In der Note wird bemerkt, daß das Wort honorarium zweyerley Bedeutungen habe. Es bedeutet 1) eine freywillige Belohnung, die man einem zu Bezeigung ſeiner Dankbarkeit für den Gebrauch ſeiner Sachen, oder wegen eines von ihm geleiſteten Dienſtes giebt. Und ſo wird es hier genommen. 2) Eine Belohnung, welche ich für ſolche Dienſte ſchuldig bin, die ſich nicht ſchätzen laſſen, und für welche ich die Belohnung nicht als ein Aequivalent, ſondern zu Bezeigung meiner Erkenntlichkeit gebe. Wenn ich z. E. einen auf die Freyerey ſchicke, und ihm auf den Fall, daß er das Jawort erhält, eine Summe Geld verſpreche: ſo heiſt dieß honorarium. Denn ſein Dienſt läßt ſich nicht taxiren, und ich gebe das Geld nicht als eine Compenſation für ſeine Arbeit, ſondern um meine Dankbarkeit zu bezeigen. Daher

heiſt

heiſt man auch honorarium das, was man einem für operas liberales verſpricht. Nemlich operae liberales heiſſen die, welche niemand als ein Gelehrter leiſten kann; z. E. Unterricht in Wiſſenſchaften, Führung eines Proceſſes; illiberales, welche auch ein anderer thun kann; z. E. Handwerksdienſte, Botengehen u. d. gl. Eine ſchuldige Belohnung für ſolche operas liberales heiſt honorarium; ſo wie der Lohn für operas illiberales, *merces*. (*1)

(1) *Ad. Frid. Trendelenburg* diſſ. de honorario eiusque a mercede diſcrimine. Kil. 1775.

§. 774. Welche culpa wird in dieſem Contract präſtiret?

Weil der commodatarius allen Vortheil aus dem Contract zieht: der commodans gar keinen: ſo folgt, daß jener culpam leviſſimam, dieſer culpam latam präſtire. Wenn alſo der commodatarius nur das mindeſte Verſehen begeht, und die geliehene Sache dadurch Schaden leidet: ſo muß er den Schaden erſetzen. Doch dieſe Regel leidet ihre Ausnahmen, a) wenn das commodatum beyden Contrahenten vortheilhaft iſt; z. E. wenn ich einem mein Pferd unentgeltlich gebe, darauf eine Reiſe zu machen und mir etwas mitzubringen: ſo muß jeder culpam levem leiſten. b) Wird das commodatum blos zum Vortheil des commodantis gegeben: ſo leiſtet der commodatarius nur culpam latam. Man denke ſich z. E. den Fall, daß mir Jemand aus Gefälligkeit eine Beſtellung macht, und ich ihm, um geſchwinder fortzukommen, mein Pferd leihe.

§. 775. Wer trägt die Unglücksfälle?

Der commodatarius wird nicht Eigenthümer der geliehenen Sache; ſondern er iſt ſchuldig, ſie dem commodanti zu reſtituiren; und zwar in Natur, daſſelbe individuum, welches er bekommen hat, nicht etwa eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität. Wenn ich aber eine Sache dem andern zu reſtituiren habe, und ſie durch einen Zufall zu Grunde gehet: ſo trägt der Eigenthümer den Verluſt. Geſetzt alſo die dargeliehene Sache kommt durch einen Zufall um: ſo muß der commodans den Schaden tragen, und der commodatarius hat für nichts zu ſtehen. Uebrigens verſteht ſichs, daß wenn der commodatarius die Unglücksfälle übernommen, oder durch ſeine culpam veranlaßt hat, oder in mora war, er den Schaden erſetzen muß. (§. 761.)

Nach

Nach dem Sachsenspiegel (*1) soll der commodatarius den Schaden tragen. Allein das römische Recht ist billiger und der Vernunft gemässer. (*2)

(1) Spec. Sax. lib. 3. auct. 5.
(2) *Leyser* med. ad Pand. Vol. 12. Part. 1. pag. 435. sqq.

§. 776. Klagen, die aus dem Leihcontract entstehen.

Der Leihcontract ist ein bilateralis inaequalis. Daher entstehen zwey Klagen daraus, die von ihm benennt sind, und wovon die eine directa, die andere contraria ist; also kurz *actio commodati directa* und *contraria*.

§. 777. Von der actione directa.

Die actionem commodati directam stellt der commodans, oder sein Erbe, gegen den commodatarium oder dessen Erben an, daß er die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauche in specie, unverdorben, mit den Früchten und jedem Zuwachs, an dem Ort wo er sie erhalten, auf seine Kosten zurück geben, und allen, auch nur culpa leviſſima verursachten Schaden ersetzen soll. Ist die Sache durch die Schuld des Commodatars ganz zu Grunde gegangen, so muß er den Werth, ist sie verdorben, so muß er das Interesse prästiren.

§. 778. Von der contraria.

Die actionem commodati contrariam aber stellt der commodatarius und sein Erbe, gegen den commodantem oder dessen Erben an, wenn er Schaden bey dem commodato gelitten hat. Dahin gehört a) wenn er ausserordentliche und unmässige Kosten auf die Sache hat verwenden müssen. Die gewöhnliche Kosten muß der commodatarius tragen; z. E. die Fütterungskosten, wenn ich ihm ein Thier zum Gebrauch leihe. Auch die ausserordentliche Kosten, wenn sie mässig sind, das heist: wenn sie das für diesen Gebrauch dieser Sache gewöhnliche Miethgeld nicht übersteigen. Wenn ich einem z. E. mein Pferd auf einen Tag leihe, und der an dem Orte gewöhnliche Miethlohn einen Thaler beträgt, der commodatarius aber dem Pferd ein paar neue Eisen aufschlagen läßt, so kann er diese Auslage von mir nicht wieder fordern. b) Wenn ich ihm die Fehler der dargeliehenen Sache dolose oder aus einer groben Nachlässigkeit (culpa lata) verschweige, und er dadurch in Schaden kommt; z. E. wenn ich ihm verschweige, daß das Pferd seine Nachbarn beißt, wenn dieß geschieht, und er dadurch in Schaden kommt. c) Wenn ich die Sache vor geendigtem Gebrauche ohne rechtmässige Ursache zurück nehme, und der commodatarius Schaden davon hat.

Uebrigens kann auch der Commodatar in den unter a) und b) bestimmten Fällen das Retentionsrecht so lang ausüben, bis ihm Kosten und Schaden ersetzt sind. (*1)

(1) Arg. L. 18. D. de pignor. act.

§. 779. Was ist das depositum?

Der Hinterlegungscontract, *depositum*, ist ein Realcontract, worinn ich einem eine Sache übergebe, daß er mir sie unentgeltlich verwahre, und sobald ich es verlange, zurückliefere. Ich heisse in diesem Contract der *deponens*, und der andere *depositarius*. Darüber ist sehr disputirt worden, ob allein bewegliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyen, oder auch unbewegliche Dinge deponirt werden können. Man kann die Vertheidiger der beyden Meynungen bey Walch (*1) finden. Ich glaube, daß das depositum nicht auf bewegliche Sachen eingeschränkt werden könne. Nur muß ich, wo ein depositum rei immobilis vorhanden seyn soll, keine besondere *facta*, sondern blos allgemeine Aufsicht der Sache versprechen. Sobald jenes geschieht, ist es ein mandatum. Wenn ich z. E. verreise, und einen ersuche, daß er auf meinem Landgut die vorfallende Geschäfte besorge: so ist es mandatum. Gesetzt aber, ich gehe nur auf kurze Zeit weg, und bitte meinen Nachbar, auf mein verschlossenes Haus Achtung zu geben. Jetzt ist es depositum. Da der depositarius nur culpam latam, der mandatarius aber levem leistet: so ist diese Bemerkung nicht ohne practischen Nutzen.

Einige theilen das depositum in *iuris* und *facti* ein. Was hier erklärt worden ist, den eigentliche Hinterlegungscontract nennen sie depositum facti; die unten (§. 982.) beschriebene Deposition hingegen, depositum iuris.

(1) *Walch* in controverf. p. 329.

§. 780. Grundsätze dieses Contractes.

Die Grundsätze bey diesem Contracte sind 1) er wird unentgeltlich geschlossen. 2) Man giebt dem depositario nicht das Eigenthum, ja nicht einmal das Recht die Sache zu gebrauchen, sondern nur den Besitz mit der Verbindlichkeit die Sache zu bewahren. 3) Der Nutzen ist daher blos auf Seiten des Deponenten, die Beschwerlichkeit auf Seiten des Depositars.

§. 781. Das depositum wird unentgeltlich geschlossen.

Wenn also 1) Jemand meine Sache nicht unentgeltlich bewahrt: so ist es kein depositum; sondern ein Miethcontract, im Fall ich ihm Geld für diesen seinen Dienst verspreche; und ein contractus innominatus, wenn ich mich zu etwas anders anheischig mache. Hingegen 2) durch ein honorarium, durch eine freywillig geleistete, nicht versprochene Belohnung, wird die Natur des depositi nicht geändert.

§. 782. Ein Betrug macht den Depositar ehrloß.

3) Wenn ich einem ein depositum gebe: so halte ich ihn für einen rechtschaffenen, und gegen mich freundschaftlich gesinnten Mann. Handelt er dieser guten Meynung zuwider, und betrügt mich: so wird er ehrlos. Dahin gehören die Fälle, wenn er die deponirte Sache vorsetzlich verdirbt, verkauft, mir das depositum gänzlich ableugnet, die Zurückgabe ohne alle Ursache verweigert. Indessen wird doch vorausgesetzt, daß in der richterlichen Sentenz ausdrücklich des Betrugs gedacht werde. Geschieht dieß nicht: so behält der depositarius seinen guten Namen. (*1)

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. Depositi, §. 20.

§. 783. Darf der Depositar die Sache gebrauchen?

4) Der Depositar soll nur auf die Sache Achtung geben, sie nicht gebrauchen. Gebraucht er sie dennoch: so begeht er ein furtum usus. 5) Zuweilen wird aber dem Depositar der Gebrauch verstattet. Dieß geschieht entweder ausdrücklich, oder stillschweigends. Stillschweigends verstatte ich, nach der Verordnung des römischen Rechts, den Gebrauch, wenn ich Geld offen, das heist, unversiegelt, unverschlossen, deponire. In beyden Fällen ist ein unregelmässiger Hinterlegungscontract (depositum irregulare) vorhanden. Dieses hört zwar nicht auf depositum zu seyn; (*1) aber es nähert sich doch andern Contracten; nimmt doch einige Eigenschaften von andern Contracten an. Nemlich a) wenn ich einem eine fungible Sache deponire: so nähert es sich dem Darlehn, und es heist *depositum irregulare* in strengem Verstande. Gebe ich b) eine nicht fungibele Sache in depositum, und verstatte dem Depositar einem unbestimmten Gebrauch: so hat es Aehnlichkeit mit dem precario. c) Ist der Gebrauch bestimmt und unentgeltlich: so kommt der Contract dem Commodat nahe. (*2) d) Dem Miethcontract nähert sich das Geschäft, wenn der Depositar für den Gebrauch ein gewisses Geld, und

endlich e) einem contractui innominato, wenn er etwas anders, als Geld verspricht.

(1) L. 25. §. 1. D. Depositi. *Hunn.* resolut. p. 709. *Cocceji* iur. controv. tit. depositi. Quaest. 1.

(2) *Berger* oec. iur. lib. 3. tit. 2. §. 9. not. 1. pag. 433. Anderer Meynung sind *Lauterbach* colleg. th. pr. tit. depositi §. 2. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 3. Obs. 22. n. 7. sqq. Sie glauben, daß das depositum in diesem Fall nicht irregulär werde. Der Streit betrifft blos Worte.

§. 784. Welche culpa wird im deposito prästirt, und wer trägt den Unglücksfall?

6) Da der Deponent allein, und der Depositar keinen Nutzen hat: so leistet jener culpam levissimam, dieser nur latam. (*1) Ausnahmen dieser Regel sind, a) wenn sich Jemand ein Depositum anzunehmen erbietet. Jetzt muß er culpam levissimam leisten. Indessen schränkt man diese Ausnahme doch billig dahin ein, daß, wenn ich aus Mitleid einem von andern verlassenen, der seine Sachen sonst nicht unterbringen kann, anbiete, sie in Verwahrung zu nehmen, ich zu Leistung der culpae levissimae nicht verbunden sey. b) Wenn dem depositario ein bestimmter Gebrauch der deponirten Sache erlaubt ist. Auch hier muß der depositarius, wie ein commodatarius, culpam levissimam leisten. Andere machen noch mehr Ausnahmen, die aber dergleichen wirklich nicht sind. 7) Der Deponent ist und bleibt Eigenthümer. Wenn daher die deponirte Sache durch einen Zufall zu Grunde geht: so muß er den Schaden tragen. Dieser Satz aber leidet seine Ausnahmen: a) Wenn das depositum irregulär, und zwar ein solches ist, das sich dem Darlehn nähert (§. 783. 5) b) Wenn der Depositar die Sache nicht zu rechter Zeit zurück giebt, und dieser Verzug an dem Untergange der Sache mit Schuld hat. c) Wenn der Depositar sich anheischig macht, für die Unglücksfälle zu stehen.

(1) Ein schweres Gesetz in dieser Materie ist L. 32. D. depositi. Man lese was *Diet. Rung* diss. de culpa in abstracto et concreto, (Goett. 1751.) cap I. p. 15. sqq. darüber geschrieben hat. Das beste in dieser ganzen Schrift ist die Gebauerische Erklärung des Gesetzes, die S. 21. 22. steht.

§. 785. Das depositum ist entweder simplex oder miserabile.

Ein depositum wird entweder in einer dringenden Gefahr gegeben, oder nicht. Jenes heist *miserabile*, bey andern *necessarium*, dieses *simplex*, oder nach andern *voluntarium*. Also depositum miserabile ist z. E. wenn ich bey einer Wasser- Feuers- Kriegsgefahr meine Sachen flüchte, und sie bey einem Bekann-

Bekannten in Verwahrung gebe. Das miserabile ist von dem gemeinen darinn verschieden, daß in jenem der dolus des Depositars mit der Strafe des doppelten Ersatzes bestraft wird. Wenn ich nemlich einem ein depositum miserabile gebe, er es mir nachher boshafter Weise ableugnet, und ich ihn überführe: so muß er mir es doppelt ersetzen. Dieß hat bey dem gemeinen deposito nicht statt. Der Grund der Verschiedenheit liegt darinn, weil es weit schändlicher und strafbarer ist, ein depositum miserabile, als ein anderes abzuleugnen. Heutiges Tages fallen alle Pönalklagen weg; (§. 1127.) daher kann auch im gegenwärtigen Fall nur auf die einfache Ersetzung des Schadens geklagt werden.

§. 786. Vom sequestro.

Eine Gattung des depositi ist die Sequestration. Man versteht darunter die Deposition einer im Proceß liegenden Sache, welche mit dem Beding geschieht, daß die Sache dem Sieger zurück gegeben werden soll. Also sie setzt a) voraus, daß über die Sache Proceß geführt wird, und b) daß man diese Sache einem dritten in Besitz giebt, und zwar c) so lange, bis der Proceß zu Ende ist. Alsdenn soll sie dem, welcher gewonnen hat, herausgegeben werden. Der, welcher eine solche Sache in Verwahrung bekommt, heist der Sequester.

Die Sequestration ist von den übrigen Gattungen des Depositums sehr verschieden. 1) Das depositum wird von Einem gegeben, die Sequestration aber geschieht von beyden litigirenden Partheyen. Denn wenn auch gleich nur der Besitzer die Sache dem Sequester übergiebt: so ist doch der Gegentheil damit zufrieden; und man sieht es daher eben so an, als ob beyde Theile sequestrirt hätten. 2) Das depositum geschieht mit Einwilligung des Deponenten; das sequestrum aber zuweilen gegen den Willen des Besitzers. Ich sage zuweilen. Der Regel nach ist es verboten, gegen den Willen des Besitzers die Sache, worüber gestritten wird, zu sequestriren. Denn während des Processes muß der im Besitz bleiben, der darinn war. Man darf den Proceß, wie die Juristen sagen, nicht von der Execution anfangen. Indessen giebt es Fälle, wo eine solche Sequestration erlaubt ist. Dahin gehört a) wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen, oder b) die Sache, z. E. die streitige Erbschaft, verschwenden werde, so daß am Ende kein Gegenstand für die Execution vorhanden seyn würde. c) Wenn man befürchtet, daß es während des Processes zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt im Besitz stöhren wird. Wenn z. E. zwey Nachbarn über ein Landgut processiren, und während dieses

Streites schon mehrmalen einander blutige Köpfe geschlagen haben: so kann der Richter das Landgut bis zu ausgemachter Sache sequestriren. d) Wenn der Besitzer die Sache, z. E. den im Streit befangenen Wald dergestalt zu behandeln anfängt, daß man voraus sieht, er werde sie bis zum Ausgang des Streites gänzlich ruiniren. e) Das Cap. 14. X. de sponsal. giebt auch folgenden Fall an. Mehrere behaupten, daß sich eine Weibsperson mit ihnen verlobt habe; jeder prätendirt das Vorrecht vor dem andern, und der eine befürchtet, daß der andere Gelegenheit finden werde, sich bey der Braut einzuschleichen, und sie zur Frau zu machen. Hier soll nach Vorschrift des angeführten Capitels die Weibsperson bey einer ehrbaren Matrone bis zum Ausgang des Processes sequestrirt werden. 3) Das depositum verpflichtet den Depositar nur die Sache in Verwahrung zu haben, darauf Acht zu geben. Der Sequester aber hat oft auch die Administration der Sache; z. E. wenn ein Landgut, ein Wald u. d. g. sequestrirt ist.

§. 787. Klagen aus diesem Contract.

Aus dem Depositum entstehen zwey Klagen; die eine ist wesentlich, die andere zufällig. Jene heist *actio depositi directa*, diese *contraria*.

§. 788. Von der directa.

Die actio depositi directa wird angestellt vom Deponenten und seinen Erben, gegen den Depositar oder dessen Erben, und geht dahin, daß der Depositar dieselbe Sache, die er bekommen hat, (rem in specie) mit allem, was dazu gehört, (cum omni causa) herausgeben, und den ihr dolo oder culpa lata zugefügten Schaden ersetzen soll. Dieser Klage kann 1) keine exceptio compensationis entgegen gesetzt werden. Wenn ich nemlich eine fungibele Sache z. E. 1000 Thlr. bey einem deponirt hätte, und er mir die Zurückgabe aus dem Grund verweigern wollte, weil ich ihm 1000 Thlr. aus einem andern Fundament z. E. einem Kaufe schuldig sey, die beyderseitige Schuld sich also gegen einander aufhebe: so würde diese Exception unstatthaft seyn. Er muß mir das Depositum herausgeben, und alsdenn seine Forderung gegen mich einklagen. Der Grund dieser Verordnung liegt darinn, weil man das depositum als etwas sehr heiliges ansah, und es daher für unerlaubt hielt, sich der Restitution einer deponirten Sache durch irgend einige Ausflucht entziehen zu wollen. Auch 2) die exceptio doli mali hat nicht statt. Sie ist im Grunde die eben angeführte exceptio compensationis, nur anders eingekleidet. Wenn nemlich der Depositar sagen wollte, du hast 1000 Thlr. bey

mir

mir deponirt, bist mir aber 1000 Thlr. aus einem Kaufe schuldig; du handelst also betrüglich, daß du das depositum zurück forderst; du giebst zu erkennen, daß du mich hintergehen willst. Eben so wenig kann sich 3) der Depositar von seiner Schuldigkeit, die deponirte Sache heraus zu geben, dadurch befreyen, daß er ein ius in re darauf prätendirt. Wenn ich z. E. eine Uhr bey einem deponirt hätte, und sie zurück verlangte; er aber behauptete, die Uhr gehöre ihm, sey ihm einst gestohlen worden; er sey also nicht schuldig sie heraus zu geben: so würde auch diese Ausflucht ohne Wirkung seyn. Er muß die Uhr herausgeben, und nun kann er die rei Vindication anstellen. Eine Ausnahme leidet dieser Satz, wenn der Depositar sogleich erweisen kann, daß er, und nicht der Deponent Eigenthümer der Sache sey. (*1) 4) Nicht einmal das Retentionsrecht findet bey dem deposito statt. Wenn ich nemlich dem Depositar etwas schuldig bin: so ist er nicht einmal befugt, die deponirte Sache so lange zurück zu halten, bis ich meine Schuld abgetragen habe. Wegen der offenbaren Billigkeit aber läßt man doch in der Praxis das ius retentionis alsdenn zu, wenn der Depositar a) Schaden bey dem Deposito gelitten, (folg. §.) b) solche Kosten auf die deponirte Sache verwendet hat, um welcher Willen ihm die actio depositi contraria zustehet. Man sehe ebenfalls den folgenden Paragraph. (*2)

(1) L. 15. D. depos. L. 11. pr. C. eod. *Boehmer* de act. sect. 2. cap. 8. §. 29.
(2) *Vinnius* quaest. sel. Lib. 1. Q. 51. *Stryk* V. M. tit. depos. §. 9. *G. L. Boehmer* Diss. de iure retention. §. 8. in Elect. iur. Civ. Vol. 2. p. 628. *Hering* Diss. de retentione in deposito licita, sect. 2. §. 23. 24. 25. 26.

§. 789. Von der contraria.

Hat der Depositar die Sache herausgegeben, ohne das Retentionsrecht wegen seiner an den Deponenten habenden Forderungen auszuüben: so muß er zu der actione depositi contraria seine Zuflucht nehmen. Diese stellt er also an: 1) wenn er durch die Schuld des Deponenten Schaden gelitten hat. Z. E. wenn ich einem ein Pferd in Verwahrung gebe, nicht sage, daß es schlägt, und es den Pferden des Depositars durch Ausschlagen Schaden thut; 2) wenn der Depositar auf die deponirte Sache Kosten verwendet hat; nur müssen sie entweder zur Erhaltung der Sache nothwendig, oder mit Vorwissen und Einwilligung des Deponenten gemacht worden seyn.

§. 790. Klagen die aus der Sequestration entspringen.

Wenn der Proceß geendigt ist: so kann der Sieger die actionem sequestrariam directam gegen den Sequester anstellen, daß er die sequestrirte Sache

che mit allem, was dazu gehört, herausgebe; also auch Rechnung über Einnahme und Ausgabe ablege, wenn er dergleichen gehabt hat. Die actio sequestraria contraria hingegen wird vom Sequester gegen den Sieger angestellt, wenn er Auslagen gethan, oder Schaden gehabt hat. Hat er nicht blos die Verwahrung, sondern auch eine Verwaltung gehabt, (§. 786. 3.) so kann er dafür einen Lohn fordern, und daher actione locati klagen. (* 1)

(1) Jo. Ludw. Schmidts Lehrbuch von Klagen. §. 806. (Zweyte Ausg.)

§. 791. Vom Pfandcontract.

Das Wort Pfand hat, wie wir oben (§. 712.) gehört haben, dreyerley Bedeutungen. Man versteht darunter ein Recht, eine Sache, und einen Contract. Hier nehmen wir es in der letzten Bedeutung, und verstehen darunter den Realcontract, da ich meinem Glaubiger eine Sache zur Sicherheit meiner Forderung mit dem Beding übergebe, daß er sie nach abgetragener Schuld wieder zurück geben soll. (* 1)

(1) Bey den Römern hatte man in älteren Zeiten einen feyerlichen Pfandcontract, wobey vermuthlich aes et libra gebraucht wurde, und welcher *nexus* hieß. *Io. Cannegieter* ad Vlp. fragm. tit. 9. p. 77. sq.

§. 792. Grundsätze dieses Contracts.

1) Der Pfandcontract ist also ein accessorischer; denn er setzt voraus, daß ich einem schon zu etwas verbunden bin. 2) Alle Sachen können ein Gegenstand dieses Contractes seyn, welche dem Gläubiger Sicherheit verschaffen. 3) Der Gläubiger soll das Pfand nicht gebrauchen, sondern nur besitzen und bewahren. Der Pfandcontract erfordert also, daß die Sache dem Gläubiger tradirt werde. 4) Dieser Contract gereicht beyden Theilen zum Vortheil. Denn der Schuldner hat davon den Nutzen, daß er Credit erhält, welches ohne Pfand nicht würde geschehen seyn; und der Gläubiger, daß er Sicherheit bekommt.

§. 793. Folgerungen aus dem ersten Grundsatze.

Aus dem ersten Axiom folgt: 1) daß dieser Contract null und nichtig ist, wenn nie eine Schuld vorhanden war; oder die vorhanden gewesene getilgt ist. Man stelle sich den Fall vor, daß Jemand Ansprüche an mich macht; daß ich glaube, sie seyen gegründet; daß ich um Nachsicht zu erhalten, ein Pfand gebe; daß sich aber nachher zeigt, ich sey nie etwas schuldig gewesen, oder die Schuld sey abgetragen. In diesem Fall ist der Pfandcontract ungültig. Daß

die

die Schuld ein debitum mixtum, in den natürlichen und bürgerlichen Gesetzen zugleich gegründet sey, ist nicht nöthig. Denn auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit kann ein Pfand gültig gegeben werden; nur muß sie nicht völlig zernichtet seyn. (§. 727.) Wenn ich einem also etwas aus einem nudo pacto schuldig bin, und ihm deswegen ein Pfand gebe: so ist der Pfandcontract gültig. Denn die aus einem nudo pacto entstehende Schuld ist zwar eine blos natürliche, aber doch nicht ganz zernichtet. Gesetzt aber eine Weibsperson ist etwas aus einer Bürgschaft schuldig; sie giebt dem Gläubiger deshalben ein Pfand. Dieser Pfandcontract ist ungültig. Denn die aus einer Bürgschaft entstandene Schuld der Weibsperson ist eine natürliche ganz destruirte Schuld.

2) Sobald die Schuld getilgt ist, kann auch das Pfand zurück gefordert werden. Merkwürdig ist die Verordnung im Titel des Codex: etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. Sie ist folgenden Inhalts: wenn ich einem mehrere Posten schuldig bin, und nur wegen des einen ein Pfand gegeben habe, so kann ich dieses Pfand doch nicht eher zurück fordern, als bis ich sämmtliche Posten abgetragen habe. Der Gläubiger hat zwar kein Pfandrecht wegen der sämmtlichen Posten, aber das Retentionsrecht steht ihm doch so lange zu, bis er bezahlt ist.

§. 794. Folgerungen aus dem zweyten Grundsatze.

Aus dem zweyten Axiom folgt: 1) daß man alle Arten von Sachen verpfänden kann, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit geben; also sowohl körperliche als unkörperliche. Ich kann einem z. E. ein Zehendrecht, eine Schuldforderung verpfänden. Beyde sind unkörperliche Dinge. 2) Sowohl bewegliche als unbewegliche. Gewöhnlicher ist es zwar, daß man die unbewegliche Sachen nur verhypotheciret; aber sie können doch auch oppignoriret werden, 3) Ich kann sowohl meine eigene als fremde Sachen verpfänden; nur muß im letzten Fall der Eigenthümer entweder voraus einwilligen, oder nach geschehener Verpfändung seine Genehmigung ertheilen 4) Hingegen Sachen, welche kein Gegenstand des Commerzes sind, können nicht verpfändet werden; also freye Menschen z. E. meine Kinder kann ich nicht verpfänden. (§. 737.) Auch 5) Sachen nicht, welche im Proceß liegen. Denn während des Processes soll keine Neuerung mit dessen Gegenstande vorgenommen werden, soll alles im bisherigen Zustande (statu quo) bleiben.

§. 795. Folgerungen aus dem dritten Grundsatze.

Aus dem dritten Grundsatze folgt, daß es eine unerlaubte Handlung ist, wenn der Gläubiger das Pfand gebraucht. Zuweilen wird dieß indessen ausdrücklich erlaubt. Giebt man einem insonderheit eine fruchttragende Sache zum Unterpfand, einen Garten, Acker, Wiese u. d. gl. und erlaubt ihm, die Früchte statt der Zinsen zu geniessen; das heist, es wird ausgemacht, daß der Schuldner keine Zinsen bezahlen, und der Gläubiger statt deren die Früchte des Gutes behalten soll: so heist der Vertrag *antichresis*, *pactum antichreticum*.

§. 796. Folgerungen aus dem vierten.

Endlich aus dem vierten Grundsatze folgt, daß in diesem Contract jeder Theil dem andern culpam levem leisten muß. In der berühmten L. 13. §. 1. D. de pign. act. heist es zwar: venit in hac actione, (nemlich pignoratitia directa, wie man es gewöhnlich erklärt,) et dolus et culpa *ut in commodato*; im Commodat aber wird culpa leviſſima präſtiret; (§. 774.) und die Ausleger haben daher mancherley Erklärungen, zum Theil auch Verbesserungen dieses Gesetzes ausgesonnen. (*1) Aber Wieling (*2) behauptet mit Grund, daß unter der *hac actione* nicht die actio pignoratitia, sondern eine andere im Proömium des Gesetzes angeführte Klage zu verstehen sey. Ich weiß zwar sehr gut, daß sich gegen diese Meynung noch Einwendungen machen lassen; (*3) allein von Gewicht habe ich noch keine gefunden.

(1) S. *Lamprecht* commentat. ad L. 13. D. de pignoratit. act. (Goett. 1750.) Westphal vom Pfandrecht, S. 79.
(2) *Wieling* lect. iur. civ. Lib. 1. cap. 7.
(3) *Lamprecht* diſſ. cit. §. 10. et 19.

§. 797. Von den Klagen, die aus diesem Contract entstehen.

Zwey Klagen entspringen aus dem Pfandcontract, die eine aus seinem Wesen; die andere wenn zufällige Umstände eintreten. Jene heist *actio pignoratitia directa*, Hauptpfandklage, wie einige sie nennen; diese *actio pignoratitia contraria*, Gegenpfandklage.

§. 798. Von der directa.

Die directam stellt der Schuldner gegen den Gläubiger an, wenn die Schuld getilgt ist, und dieser demohngeachtet das Pfand nicht heraus geben will. Das Gesuch geht dahin, den Beklagten anzuhalten, daß er das Pfand mit allem, was dazu gehört, zurück geben, und den Schaden ersetzen soll, den er dem Pfand culpa lata oder levi zugefügt hat.

§. 799.

§. 799. Von der contraria.

Die contrariam aber der Gläubiger gegen den Schuldner, wenn er 1) nöthige Kosten auf das Pfand verwendet hat. Meliorationskosten kann er alsdann nur fordern, wenn sie dem Schuldner nicht lästig sind, d. i. wenn er sie bequem erstatten kann, oder der Schuldner in deren Aufwand eingewilliget hat. (*1) 2) Wenn der Gläubiger Schaden durch culpam levem des Schuldners erlitten; oder 3) der Schuldner eine ihm nicht eigne Sache verpfändet, der Gläubiger also eine andere Sache substituirt haben will. 4) Wenn der Schuldner die Sache nicht tradirt, die er zu verpfänden versprochen hat. Z. E. Jemand verspricht mir ein Kästchen mit Diamanten zu verpfänden: zeigt es mir vor, versiegelt es, und schiebt nun betrüglich ein anderes leeres Kästchen unter.

Man verwirre also die actionem hypothecariam mit der pignoratitia directa und contraria nicht. a) Die hypothecaria entsteht aus dem Pfandrecht, sie ist also eine Realklage; die actiones pignoratitiae aber entspringen aus dem Pfandcontract, sind Personalklagen. b) Die hypothecariam stellt der Gläubiger gegen jeden Besitzer auf die Abtretung des Pfands oder Bezahlung der Schuld an; die pignoratitiam directam aber stellt der Schuldner gegen den Gläubiger auf die Zurückgabe des Pfandes an, und die contrariam der Gläubiger gegen den Schuldner auf Schadloshaltung.

(1) *Leyser* sp. 155. 156.

§. 800. Von den ungenannten Contracten.

Im Text der Institutionen wird von den unbenannten Contracten gar nicht gehandelt. Hier ist daher diese Lücke ausgefüllt. Die unbenannte Contracte haben vier Gattungen: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Ich habe diese Gattungen schon im 749. §. erklärt, und merke hier nur an. 1) Der contractus do ut facias ist von dem andern facio ut des blos darinn unterschieden: in dem Contract do ut facias wird zuerst die Sache gegeben, und nun folgt erst das Factum. Hingegen in dem Contract facio ut des wird zuerst das factum gethan, und nachher die Sache gegeben. Einige Juristen theilen die unbenannte Contracte in reguläre und irreguläre ein. Irregulär sollen die seyn, welche einen Namen haben; nemlich der contractus aestimatorius, permutatio und contractus suffragii; regulär welche keinen haben. Allein diese Distinction ist ganz unnöthig und unnütz, auch unschicklich. Denn warum soll ein contractus innominatus irregulär heissen,

der einen Nameu hat? Ein Contract heist innominatus, weil er keine eigene benannte Klage wirkt. Darauf, ob er selbst einen Namen hat, oder nicht, kommt gar nichts an. Es ist also auch gar nichts unregelmässiges, wenn man einen Contract einen innominatum heist, welcher einen Namen hat.

§. 801. In den ungenannten Contracten konnte man pönitiren.

Etwas besonders ist es bey den contractibus innominatis, daß der, welcher eine Sache vermöge eines solchen Contract dem andern gegeben hat, pönitiren kann; das heist, er ist befugt, vom Contract wieder abzugehen, und die gegebene Sache durch eine Klage zurück zu fordern, welche condictio causa data causa non secuta heist. Der Grund liegt vielleicht darinn: in den Realcontracten entsteht die obligatorische Kraft blos aus der Erfüllung des Contractes. Wer die Erfüllung des Contractes annimmt, der ist verbunden. Wenn ich also allein von meiner Seite den Contract erfüllt habe: so ist der andere verbunden, ich nicht; ich kann folglich wieder abgehen, der andere nicht. Will ich abgehen, so stelle ich, wie gesagt, condictionem causa data, causa non secuta an, und fordere meine Sache zurück. Will ich aber den Contract halten: so klage ich actione praescriptis verbis, und bitte, den Beklagten zur Erfüllung des Contractes anzuhalten. Aber ist es denn wohl heutiges Tags erlaubt, in einem unbenannten Contracte zu pönitiren? Viele glauben, es gehe an. (*1) Allein die richtige Meynung ist, daß es der Regel nach nicht erlaubt sey. Denn alle Verträge haben bey uns dieselbe Wirkung, wie die Stipulation bey den Römern. Nun konnte aber einer, der etwas vermittelst einer Stipulation versprochen hatte, nicht pönitiren. (*2) Indessen giebt es Ausnahmen. Dahin gehört a) wenn ich einem etwas mit dem Beding gebe, daß er mir binnen gewisser Zeit etwas dagegen leisten solle, und er diese Zeit verstreichen läßt; b) wenn der andere ausser Stand ist, sein Versprechen zu erfüllen, z. E. ich gebe einem etwas, damit er eine gewisse Person heyrathe, und diese schlägt ihn aus. (*3)

(1) Man sehe *Alef* Diss. de eo quod iust. est circa poenitentiam in contractibus innominatis; in dieb. academ. n. 10.

(2) *Berger* Oec. iur. Lib. 3. Tit. 6. §. 6. n. 3. *Wernher* P. 2. Obs. 380. n. 45. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 40. §. 4. *Reinharth* ad *Christin.* IV. 68. *Iac. Frid. Ludovici* diss. de effectu poenitentiae, cap. 2. §. 24. *Io. Frid. Hertel* diss. de poenitentia in contractu innominato hodie locum non inveniente Ien. 1733. *Io. Frid. Wahl* progr. de permutatione pacto displicentiae vallata, §. 4.

(3) *Hommel* rhapsod. Obs. 413. pag. 572.

§. 802. Von drey besondern unbenanuten Contracten.

Einige unbenannte Contracte verdienen eine besondere Betrachtung. Dergleichen sind 1) der *contractus aestimatorius*, Trödelcontract. Man versteht darunter den Contract, da ich einem eine Sache gebe, um sie zu verkaufen; sie zu einem gewissen Preise anschlage, und ihm erlaube, entweder mir diesen Preis zu bezahlen, oder die Sache wieder zu geben. Es ist also eine Art von Verkauf, bey welchem aber dem Käufer erlaubt ist, die Sache selbst zurück zugeben. Gestritten wird darüber, ob der Trödler, das heist der, welchem die Sache zum Verkauf gegeben wird, Eigenthümer derselben werde? Ich glaube, daß man dieß verneinen muß. Denn 1) gebe ich dem Trödler die Sache nicht in dieser Absicht; 2) geht bey dem Kauf das Eigenthum nicht eher über, als der Kaufschilling bezahlt ist; 3) ist der Trödler befugt, die Sache wieder zu bringen, und 4) trägt er die Gefahr nicht, ausser wenn er mich gebeten hat, ihm die Sache zu geben; (*1) weil er in diesem Fall die Gefahr stillschweigend übernommen hat. (*2)

2) *Permutatio*, der Tausch. Er ist eine Gattung des Contractes do ut des. (*3) Wenn ich einem etwas gebe, daß er mir etwas dagegen geben soll, so ist es ein contractus do ut des. Zum Tausch aber insonderheit wird erfordert, daß ich einem eine Sache, nicht bloß den Gebrauch derselben gebe, und daß diese Sache nicht in einer bestimmten Summe Geld bestehe. Etwas an baarem Gelde kann bey dem Tausch gegeben werden, nur muß es nicht so viel betragen, als das, was noch daneben gegeben wird. (§. 868.)

3) Der *contractus suffragii*. Suffragium heist hier ein Vorwort bey dem Landesherrn für einen andern. Wenn ich nun Jemanden, der um den Landesherrn ist, (aulico) etwas gebe, daß er für mich ein Vorwort einlege; meine Angelegenheit dem Landesherrn empfehle: so heist es contractus suffragii. Er setzt übrigens voraus, daß der aulicus nicht ohnehin Amtswegen verbunden ist, die Sache dem Landesherrn zu empfehlen. Denn wenn das ist, und er dennoch ein Geschenk nimmt: so handelt er unerlaubt.

(1) L. 17. § 1. D. de praescr verb.

(2) *Cocceji* iur. controv. tit. de aestimat. *Stuhlmann* diss. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. Goett. 1770. Anderer Meynung ist *I. H. Boehmer* diss. de domin. translat. in contract. aestimator. §. 7 sqq. Exerc. ad P. Vol. 3. p. 545. sqq.

(3) Manche Juristen glauben, daß zwischen der Permutation und dem contractu do ut des gar kein Unterschied sey. *Io. Frid. Wahl* l. c. §. 7. Allein man s. L. ult. D. de condict. caus. dat. *Bynkershoek* lib. 6. obs. cap. 24. *Io.* van *Neck* diss. ad h. l. in *Oelrichs* thesaur. nov. diss. Belgicar. Vol. 2. Part. 2. p. 383. sqq.

TIT. XVI.

De verborum obligationibus.

§. 803. Was ist ein Verbalcontract?

Ein Realcontract erhält seine verbindliche Kraft dadurch, daß er von einem der Contrahenten erfüllt wird, ein Verbalcontract durch die feyerliche Worte, vermittelst deren er geschlossen wird. Ein jeder Vertrag konnte dadurch obligatorisch gemacht, in einen Contract nmgeschaffen werden, wenn man ihn in eine Formel einkleidete. Man gieng nemlich zu einem Rechtsgelehrten, trug ihm den Innhalt des Vertrags vor, und ließ sich ein dazu passendes Formular entwerfen; dieß recitirten die Contrahenten, und nun war der Vertrag obligatorisch, war ein Verbalcontract.

§. 804. Gattungen dieses Contractes.

In den ältern Zeiten hatte man drey Gattungen von Verbalcontracten. Der erste war *sollennis dotis dictio*; wenn der Schwiegervater dem Schwiegersohn eine Brautgabe versprach. Der zweyte *promissio operarum a liberto facta*. Ein Freygelassener war seinem Patron operas officiales, aber keine fabriles schuldig. (§. 82.) Zuweilen versprach indessen der Freygelassene auch operas von der letzten Art, und bestätigte sein Versprechen durch einen Eyd. Jetzt war er sie zu leisten schuldig. Merkwürdig ist, daß der Eyd in diesem Fall eine äusserliche Verbindlichkeit, eine Verbindlichkeit in den Gerichten, (in foro) eine Klage wirkte, welches sonst in keinem Fall geschah. (*1) Ein anderes pactum, welches an und für sich keine Klage producirte, wurde darum nicht verbindlicher, wenn es beschworen wurde. Der dritte ist die Stipulation. In den neueren Zeiten kamen die beyde erstere dieser Contracte ab, die Stipulation allein blieb in Uebung. Daher handelt Justinian von dieser allein in den Institutionen.

(1) *Caii* instit. lib. 2. tit. 9. §. 4. Uebrigens sind in dieser Materie manche Dunkelheiten, die mir auch durch das, was *Donell.* in commentar. iur. civ. lib. 2. cap. 18. *Ant. Faber* in coniectur. lib. 20. cap. 18. und *Malblanc* in doctrin. de iureiurando p. 319. sqq. sagen, noch nicht aufgeklärt scheinen.

§. 805.

§. 805. Von der Stipulation.

Das Wesen der Stipulation besteht darinn, daß ich den andern frage, ob er mir etwas leisten wolle, und daß er passend und sogleich darauf antwortet. Man konnte also die Stipulation bey allen Contracten anbringen. Wenn ich einem z. E. etwas abkaufte, so konnte man den Kaufcontract durch eine Stipulation bestärken. Ich fragte den Verkäufer, ob er mir die Waare überlassen wolle, er antwortete passend und sogleich darauf, daß er es thun wolle. Nun fragte er mich, ob ich ihm den Kaufschilling bezahlen wolle, und auch ich gab sogleich eine passende Antwort. Hauptsächlich aber wurde die Stipulation bey solchen Verträgen gebraucht, welche an sich selbst pacta nuda waren, und daher ohne diese Bestätigung keine Klage producirten. Noch ist zu bemerken, daß stipulari, in eigentlichem Verstande genommen, nicht versprechen heist, sondern sich versprechen lassen. Daher heist *stipulans* oder *stipulator* der, welcher sich versprechen läßt. Indessen bedeutet doch auch zuweilen das Wort stipulari so viel als versprechen. (*1)

(1) *Brissonius* de verb. signif. voc. stipulari.

§. 806. Erfordernisse derselben.

Die Stipulation erfordert 1) eine Frage und eine darauf passende Antwort. Das heist die Antwort muß eben das enthalten, was in der Frage begriffen ist. Wenn ich fragte: dabisne mihi equum, und er sagte: dabo bovem, so war die Antwort nicht passend. 2) Die Antwort muß sogleich erfolgen. Wenn ich einen heute frage, und er erst morgen antwortet: so kann es seyn, daß ich mich während dieser Zeit anderst besonnen habe. 3) Sowohl die Frage als Antwort muß mündlich geschehen; die Contrahenten müssen also einander gegenwärtig; sie müssen auch nicht taub oder stumm seyn. Die Frage und Antwort mußte aber endlich 4) in feyerliche Worte eingekleidet werden. Wie diese Formeln lauteten, weiß man nicht mehr. Doch Eine steht in der L. 50. D. de verb. obligat. Wenn ich einem eine Erbschaft verkaufte, so fragte der Käufer: quanta pecunia ad te ex hereditate illa pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve, quominus perveniat, tantam praestabis?

§. 807. Sie ist entweder certa oder incerta.

Wenn ich mir eine bestimmte Sache, ein individuum, oder, wie die Juristen sagen, eine speciem; desgleichen wenn ich mir eine Quantität, z. E. 100 Thaler vtrsprechen lasse, so heist es *stipulatio certa* oder *certi*; lasse ich mir hingegen ein genus oder ein factum versprechen, so heist es stipulatio *incerta* oder *incerti*.

§. 808.

§. 808. Die Stipulation ist entweder pura, oder conditionata, oder sub die.

Man kann sich auf dreyerley Art versprechen lassen, 1) unter einer Bedingung; 2) mit Beyfügung einer Zeit; 3) ohne Beysatz einer Zeit oder Bedingung. Daher ist die Stipulation entweder *conditionata*, oder *sub die concepta*, oder *pura*. Die stipulatio sub die ist entweder *in diem* oder *ex die*. (§. 742.) Wenn ich mir etwas auf eine gewisse Zeit (in diem) stipulirte; z. E. zehen Jahre lang alljährlich 100 Thlr. so konnte ich es nach dem strengen Rechte ewig, auch nach Ablauf der gesetzten Zeit fordern. Den Grund dieser sonderbaren Verordnung begreife ich nicht. Man führt zwar an, tempus non esse modum tollendi obligationes. Aber was heist das? Der Prätor sah auch das unvernünftige dieser Sache ein, und gab daher dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der gesetzten Zeit noch belangt wurde, exceptionem doli. Noch eine Distinction der Stipulation ist übrig. Einige neuere Juristen theilen sie in *veram* und *fictam* ein. Nemlich die Ehefrau kann ihr eingebrachtes actione ex stipulatu zurück fordern, ob sie sich gleich die Zurückgabe nicht stipulirt hat. Die Stipulation, welche in diesem Fall von den Gesetzen fingirt wird, nennt man stipulationem fictam oder interpretativam. (*1)

(1) *Melch. Dethm. Grolmann* diss. de stipulatione interpretativa, Giss. 1710.

§. 809. Von der actione ex stipulatu.

Die Stipulation ist ein einseitiger Contract, der eine Theil läßt sich nur vom andern versprechen. Wenn sich auch der andere vom ersten versprechen läßt: so ist es eine doppelte Stipulation. Daher entsteht aus der Stipulation auch nur Eine Klage, die actio ex stipulatu. Sie heist übrigens actio ex stipulatu certi, wenn man auf ein individuum oder auf eine Quantität klagt; actio incerti, wenn man ein genus oder ein factum fordert.

§. 810. Ihre Erklärung.

Der stipulans, das heist der, welcher sich hat versprechen lassen, oder sein Erbe stellt sie an gegen den Promissor oder dessen Erben, daß er die versprochene Sache geben, das versprochene factum thun soll.

§. 811. Deutsches Recht.

Kayser Leo hat die sollenne Formeln bey der Stipulation abgeschafft, aber darum kam die Stipulation nicht ab, darum hörte der Unterschied zwischen Stipulationen und nudis pactis nicht auf. (*1) Denn die Stipulation

pulation unterschied sich noch immer von andern Verträgen durch die ihr wesentliche mündliche Frage, und darauf sogleich erfolgende passende Antwort. (*2) In Deutschland aber hat man nie von Stipulationen etwas gewußt; hat auch dieselbe mit dem römischen Recht nicht recipirt. Im gemeinen Leben braucht man zwar das Wort stipuliren statt versprechen häufig genug; aber die römische feyerliche Stipulation ist darum nicht gewöhnlich. Bey uns bringt, wie wir oben (§. 747.) gehört haben, jeder Vertrag, der nicht besonders in den Gesetzen für ungültig erklärt ist, eine Klage hervor; es mag nun eine Frage und Antwort dabey geschehen oder nicht geschehen seyn.

(1) Wie *Leyser* sp. 39. med. 5. glaubt.

(2) *Voorda* elector. cap. 21. p. 198. sqq.

TIT. XVII.

De duobus reis stipulandi et promittendi.

§. 812. Was heist in solidum schuldig seyn oder fordern?

Das römische Recht hat zwey Regeln, welche mit ihren Ausnahmen in diesem Titel erklärt werden. Die erste heist: mehrere Personen, die zusammen etwas schuldig sind, müssen pro rata, das heist jeder muß für seinen Antheil haften. Wenn z. E. einer stirbt, der mir 30. Thlr. schuldig ist, und drey Erben hinterläßt: so kann ich jeden auf 10. Thlr. belangen. Die zweyte Regel ist: mehrere, welche eine und dieselbe Sache zu fordern haben, participiren daran pro rata; das heist, jeder kann seinen Antheil fordern. Z. E. wenn ich einem 30. Thlr. schuldig bin, er stirbt, und drey Erben hinterläßt: so kann mich jeder Erbe auf 10 Thlr. belangen. Diese Regeln aber leiden zuweilen ihre Ausnahmen. 1) Zuweilen sind mehrere Personen etwas *in solidum* schuldig; das heist, sie sind ein und dieselbe Sache schuldig, und zwar so, daß jeder für das ganze haften muß; wenn aber einer das ganze bezahlt hat, die übrigen frey sind. Z. E. drey Personen sind 30 Thlr. schuldig, und der Gläubiger kann gegen jeden auf die ganze Summe klagen. Erhält er sie von Einem: so sind die andern von aller Verbindlichkeit los. Zuweilen haben 2) mehrere Personen eine Sache *in solidum*, das heist dergestalt zu fordern, daß jeder das ganze fordern kann; aber wenn er es fordert und erhält, die andern nichts mehr

 präten-

prätendiren können, z. E. drey Personen haben 30. Thlr. dergestalt von mir zu fordern, daß jeder diese ganze Summe verlangen kann; daß aber, wenn er sie verlangt und ich sie ihm bezahle, die übrige keine Ansprüche mehr an mich haben.

§. 813. Was sind correi debendi und credendi?

Die, welche etwas in solidum schuldig sind, heissen *rei debendi* oder *correi debendi*; und die, welche etwas in solidum zu fordern haben, *rei* oder *correi credendi*. Also *obligatio correalis* ist eine solche, die mehrere Personen dergestalt betrifft, daß sie einem jeden ganz zusteht. Sind mehrere etwas in solidum schuldig: so sagt man, es ist eine *obligatio correalis passiva* vorhanden; haben aber mehrere etwas in solidum zu fordern: so heist es *obligatio* correalis *activa*.

Die Anmerkung sagt: reus bedeutet zwar gewöhnlich nur einen der etwas schuldig ist, und daher scheint es seltsam und widersprechend, daß man hier solche Personen, welche etwas zu fordern haben, correos nennt. Allein bey den alten Lateinern hieß reus überhaupt der Interessent bey einer Verbindlichkeit, er mochte nun Schuldner oder Gläubiger seyn; daher ist in dem Ausdruck correus credendi kein Widerspruch.

§. 814. Quellen der passiven Correal-Obligation.

Die active Correalobligation erfordert allezeit einen Vertrag, kommt aber selten vor, weil ihr Nutzen sehr gering ist. Hingegen die passive Correalobligation entsteht entweder aus einem Vertrage, oder einem Verbrechen, oder einem Testament, oder unmittelbar aus dem Gesetz. 1) Durch Vertrag kann sie in allen Arten von Geschäften festgesetzt werden, z. E. im Darlehn. Wenn ich zwey Leuten 100 Thlr. leihe, und mir ausbedinge, daß mir jeder für die ganze Summe haften müsse: so ist die Correalobligation festgesetzt. Und dieß ist von großem Nutzen. Denn wenn ich mehrere Schuldner habe, die mir 100 Thlr. schuldig, aber nicht in solidum verbunden sind: so habe ich nicht allein die Beschwerlichkeit, daß ich von jedem, auch wenn er abwesend ist, ausser Land wohnt, u. s. w. sein Antheil besonders eintreiben muß; sondern daß auch, wenn einer oder der andere insolvent wird, ich Schaden leide. Sind sie aber in solidum verbunden: so kann ich von jedem die ganze Summe verlangen; ich brauche also dem Abwesenden nicht nachzugehen, und wenn sie auch alle bis auf einen einzigen insolvent sind: so verliere ich nichts. 2) Wenn mehrere mir durch eine unerlaubte Handlung, z. E. Diebstahl, Einschlagung meiner Fenster u. s. w. Schaden thun: so ist jeder verbunden den Schaden ganz

zu

zu ersetzen. 3) Im Testament ist eine Correalobligation festgesetzt, wenn der Testator seinen Erben die Auszahlung eines Vermächtnisses befiehlt, und dabey verordnet, daß jeder in solidum haften solle. 4) Auch die Gesetze haben in einigen Fällen unmittelbar eine Correalobligation festgesetzt. Sie verordnen nemlich a) daß mehrere tutores und curatores dem Pupillen in solidum verhaftet seyn sollen; und b) daß wenn Kaufleute in Gesellschaft handeln, und zusammen einen Factor bestellen, oder mehrere Personen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen Capitain bestellen, jeder aus den Handlungen des Factors oder Capitains in solidum belangt werden kann. c) Wenn ich mehreren eine Sache in Verwahrung gebe, die sich nicht theilen läßt: so muß jeder Depositar für die ganze Sache stehen. d) Mehrere Bürgen haften in solidum. (§. 841.)

§. 815. Sie wurde bey den Römern durch Stipulation festgesetzt.

Bey den Römern wurde die obligatio correalis hauptsächlich durch Stipulationen festgesetzt. Wenn dieß geschah: so hiessen die correi, welche etwas in solidum schuldig waren, *correi promittenti*, und die, welche etwas in solidum zu fordern hatten, *correi stipulandi.*

§. 816. 817. Von den dabey üblichen Formeln.

Die Formel war bey den correis promittendi diese: der Promissar fragte: dabisne mihi mille, und nun antwortete ein Promittent: dabo; der andere: et ego dabo: u. s. w. Hingegen correi stipulandi wurden durch folgende Formel constituirt. Der eine Promissar fragte: spondesne mihi mille, und der andere: spondesne mihi idem mille? Der Promittent antwortete: utrique vestrum dare spondeo. Heutiges Tags bedient man sich, wenn sich mehrere in solidum verpflichten wollen, der Ausdrücke: **einer wolle für alle und alle für einen haften**; oder man braucht die lateinische Worte *in solidum*, *correaliter*. Wollen sich mehrere etwas in solidum versprechen lassen: so heist es: **ich verspreche es allen für einen und einem für alle, oder ich verspreche es allen** *in solidum.*

§. 818. Natur der passiven Correalverbindlichkeit.

1) Die correi können in solidum, das heist, jeder kann auf das ganze schuldige Object belangt werden. Indessen kommt ihnen nach der 99. Novelle das *beneficium divisionis* zu, das heist, wenn ich einen correum auf das ganze belange: so kann er antworten, hier ist einstweilen mein Antheil, fordere von den übrigen correis auch ihre Antheile; kannst du sie von ihnen nicht erhalten, so will ich den Ueberrest nachzahlen. Man streitet zwar noch darüber, ob allen

correis diese Rechtswohlthat zustehe. Allein die richtige Meynung ist doch die bejahende. (*1) Indessen wird doch wird doch dabey vorausgesetzt, a) daß die übrige correi gegenwärtig, und b) im Stande zu bezahlen (solvendo) sind. An einen abwesenden correum kann man den Gläubiger nicht verweisen; auch wenn der eine correus allein bezahlen kann, der andere nicht, so fällt das beneficium divisionis weg. c) Daß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen entstanden ist. Denn wer eine unerlaubte Handlung begeht, kann auf Rechtswohlthaten keinen Anspruch machen. Endlich d) wenn die correi auf das beneficium divisionis ausdrücklich renunciirt haben, so können sie sich nicht darauf berufen. 2) Sobald ein correus durch Zahlung, durch Compensation u. s. w. die Schuld tilgt, so sind auch die andern befreyet.

(1) Wie *Pufendorf* Tom. 2. obs. 77. zeigt.

§. 819. Wirkung der activen Correalobligation.

4) Ein correus credendi kann vom Schuldner das ganze schuldige Object verlangen, und dieser kann nicht sagen, er wolle jedem Glaubiger seinen Antheil geben. Wenn z. E. drey Personen A. B. C. 100 Thlr. in solidum an mich zu fordern haben: so muß ich jedem, der es zuerst verlangt, die ganze Summe bezahlen. 5) Wenn ich aber dem einen correo die Schuld abgetragen habe: so können die übrigen keinen Anspruch mehr an mich machen, denn ich war die 100. Thlr. nur Einmal schuldig.

§. 820. Können die correi sich unter einander belangen?

6) Ein correus debendi, welcher das Ganze bezahlt, giebt nichts mehr, als was er zu geben schuldig ist; daher kann er die übrigen correos nicht belangen, daß sie ihm etwas vergüten, ihr Antheil erstatten sollen; ausgenommen a) wenn die correi in Gesellschaft stehen, denn was ein Gesellschaftsmitglied für die Societät auslegt, bringt es in den Societätsrechnungen zur Ausgabe; b) wenn sich der correus, welcher bezahlt, die Rechte des Gläubigers cediren läßt. Denn aus diesen kann er die übrige correos belangen. Indessen wenn er sich auch die Rechte nicht cediren läßt, (sagt die Note,) so kann er heutiges Tags dennoch actionem negotiorum gestorum utilem anstellen. Denn hätte er nicht bezahlt, so hätten sie bezahlen müssen. Er hat also etwas gethan, was den übrigen vortheilhaft ist, hat ein für sie nützliches Geschäft unternommen, (negotia eorum gessit;) und kann daher Entschädigung von ihnen fordern. Nur muß die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrühren.

Denn

Denn wenn einer von mehreren Delinquenten die Schadensersetzung geleistet hat: so kann er von den andern keine Vergütung verlangen. 7) Ein correus credendi, der sich das Ganze bezahlen läßt, hat nicht mehr bekommen, als er zu fordern hat. Er ist also nicht schuldig mit den übrigen zu theilen; ausgenommen a) wenn die correi in Gesellschaft handeln; denn in diesem Fall muß er das empfangene in Einnahm bringen; oder b) wenn es unter den correis ausgemacht worden ist, daß wer die Schuld eincassiren würde, den übrigen ihren Antheil heraus zahlen solle.

TIT. XVIII.

De stipulationibus servorum.

§. 821. Von der Wirkung der Stipulation eines Sclaven.

Ein Sclave ist keine Person, kann nichts eigenes haben, alles was er erwirbt, gehört dem Herrn. Wenn er sich daher etwas stipuliret, so bekommt nicht er, sondern sein Herr ein Recht aus der Stipulation.

TIT. XIX.

De divisione stipulationum.

§. 822. 823. Die Stipulationen sind viererley.

Die Stipulationen wurden meistens von den Contrahenten freywillig eingegangen. Zuweilen aber hielt die Obrigkeit einen Bürger an, Caution durch Stipulation zu leisten. Die Stipulationen werden daher in *voluntarias s. conventionales*, und *necessarias* abgetheilt. Die necessariae sind dreyerley; einige legte der Prätor selbst auf, andere der iudex pedaneus, noch andere wurden nach Verschiedenheit der Umstände bald vom Prätor, bald vom iudice pedaneo auferlegt. Die von der ersten Art heissen *praetoriae*, von der zweyten *iudiciales*, von der dritten *communes*.

Zu den praetoriis werden auch die gerechnet, welche der Policeydirector (aedilis) auflegte. Dieser hielt zuweilen den Verkäufer eines Thiers an, daß er caviren mußte: animal esse sanum, esse, (h. e. edere) bibere ut oportet. Practoriae waren: cautio damni infecti und legatorum servandorum causa. Iudiciales die cautio de dolo, de persequendo servo, qui in fuga est; de pretio restituendo. Endlich communes die cautio rem pupilli salvam fore und de rato. Was in der Anmerkung von dem Unterschied des Prätors und Judex steht, will ich §. 1128. erklären.

§. 824. Von der cautione de damno infecto.

Die erste prätorische Caution ist die *de damno infecto*. Wenn ein benachbartes baufälliges Gebäude einfällt, und mir Schaden thut: so ist der Eigenthümer nicht schlechterdings verbunden, mir den Schaden zu ersetzen, sondern er hat die Wahl, ob er dieß thun, oder mir die herunter gefallenen Ruinen zur Entschädigung überlassen will. Dabey aber kann ich sehr zu kurz kommen; der Schaden kann viel beträchtlicher seyn, als der Werth der Ruinen. Ich muß mir also durch die cautionem damni infecti helfen. Bey den Römern zeigte man dem Prätor die Sache an, und dieser befahl dem Besitzer (*1) des Gebäudes, Caution zu stellen. Wenn dieses geschehen war: so mußte er den Schaden ersetzen, und konnte mir die Ruinen nicht an Zahlungsstatt geben. Befolgte aber der Besitzer den Befehl des Prätors nicht: so setzte mich dieser in den Mitbesitz des Hauses. Das hieß *immissio ex primo decreto*. Bewog dieses Zwangsmittel den Besitzer nicht, die Caution zu leisten: so exmittirte ihn der Prätor gänzlich, und setzte mich allein in die Possession. Dieses hieß *immissio ex secundo decreto*.

Heutiges Tags ist die immissio ex primo et secundo decreto als ein sehr unschickliches Zwangsmittel gar nicht gewöhnlich. Hat Jemand ein baufälliges Gebäude, und die Nachbarn beschwehren sich: so giebt die Obrigkeit einen Befehl zur Reparatur. Dieß befolgt entweder der Besitzer oder nicht. Im letzten Fall veranstaltet entweder die Obrigkeit die Reparation, und treibt die Kosten executivisch ein, oder verkauft das Gebäude mit dem Beding, daß es der Käufer reparire; oder sie verkauft es auf Abbruch, oder endlich sie läßt es elbst abbrechen. (*2)

(1) Dieser ist entweder Eigenthümer, oder hat ein anderes ius in re; loco domini habebatur, wie unser Autor sagt; das heist, er hat ein Pfandrecht, oder den Nießbrauch, oder eine Realservitut.

(2) *Titius* in iur. privat. lib. 3. cap. 19. §. 21. behauptet, daß heutiges Tags der Besitzer eines baufälligen Hauses den durch Einsturz den Nachbarn zugefügten

gefügten Schaden schlechterdings, wenn er auch keine Caution geleistet habe, ersetzen müsse, welches der Vernunft freylich gemäß ist. Aber andere z. E. *Thomasius* in not. ad Pand. tit. de damno infect. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 2. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1682. vertheidigen die Gültigkeit des römischen Rechtes.

§. 825. Cautio legatorum nomine.

Wenn mir Jemand ein Vermächtniß unter einer Bedingung oder von einer gewissen Zeit an verläßt, so muß ich die Erfüllung der Bedingung oder den Ablauf der Zeit abwarten. Gesetzt aber, ich muß befürchten, daß bis dahin der Erbe alles aufgezehrt haben, und mir das leere Nachsehn bleiben werde. In diesem Falle kann ich von dem Erben Caution verlangen, daß er mir zu seiner Zeit das Vermächtniß auszahlen wolle, und diese heist *cautio legatorum servandorum causa.*

§. 826. Cautio de dolo.

Die Fälle, wo die Caution *de dolo* vorkommen kann, sind mancherley. So oft nemlich im Proceß ein dolus zu befürchten ist: so kann man diese Caution verlangen. Z. E. ich führe mit Jemand Proceß über einen Wald, den er besitzt; er fängt während des Processes an, mit dem Walde dergestalt umzugehen, daß ich befürchten muß, er wird ihn bis zum Ausgang des Streits gänzlich ruiniren. Unter diesen Umständen kann ich cautionem de dolo fordern; ich kann aber auch um Sequestration der Sache bitten. (§. 786.)

§. 827. Cautio de persequendo servo.

Wenn ich durch eine richterliche Sentenz angewiesen worden war, einen Sclaven herauszugeben; dieser aber die Flucht ergrif: so mußte ich Caution leisten, daß ich ihn aufsuchen lassen wollte; und diese heist *cautio de persequendo servo.* Daß diese Caution bey uns wenig oder gar nicht vorkommen könne, fällt in die Augen.

828. Cautio de pretio restituendo.

Wenn ich Jemanden eine Servitut verspreche: so muß jeder meiner Miterben für die ganze Servitut haften; (§. 351. Num. 3.) daher kann bey der Erbvertheilung jeder Miterbe von den übrigen Caution fordern, daß sie auf den Fall, wenn er auf die ganze Servitut belangt und zu deren Bestellung condemnirt werden wird, ihn schadlos halten wollen.

§. 829.

§. 829. Cautio rem pupilli salvam fore, und de rato.

Was die cautio rem pupilli salvam fore sey, haben wir oben (§. 232.) gehört. Der Vormund muß nemlich den Pflegbefohlnen Sicherheit stellen, daß er ihr Vermögen wohl verwalten, und nach geendigter Vormundschaft alles vorhandene treulich restituiren wolle. Die cautionem de rato bestellt ein Bevollmächtigter, der keine ordentliche Vollmacht hat. Wenn ich nemlich im Gericht für einen andern als Bevollmächtigter erscheinen will: so muß ich eine nach der Vorschrift der Gesetze errichtete Vollmacht beybringen. Gesetzt aber ich habe dergleichen nicht: so muß ich Caution stellen, daß mein Principal (der, für den ich erscheine) alles, was ich in seinem Namen thue, genehmigen werde.

§. 830. Von den Conventionalstipulationen.

Die stipulationes conventionales waren sehr mannigfaltig. Denn fast allen Contracten fügte man zu mehrerer Bekräftigung eine Stipulation bey; und eben darum ist es auch nicht nöthig Exempel davon anzuführen. Sie heissen conventionales, weil sie sich auf eine ganz freywillige Convention gründen. Die praetoriae und iudiciales sind auch Conventionen, aber von der Obrigkeit befohlne, keine ganz freye.

§. 831. Vom heutigen Gebrauch dieser Materie.

1) Bey uns sind die stipulationes praetoriae und iudiciales nicht verschieden; denn wir haben die römische Verfassung, den Unterschied zwischen Prätor und Judex nicht; 2) die vorhin beschriebene Cautionen kommen grösstentheils (*1) bey uns auch vor, aber sie werden nicht durch Stipulationen, durch Formeln, sondern mit gemeinen, beliebigen Worten, mündlich oder schriftlich geleistet.

(1) Ich sage grösstentheils, denn man sehe §. 824. und 827.

TIT. XX.

De inutilibus stipulationibus.

§. 832. Erste Art von ungültigen Stipulationen.

Da die Stipulationen eine Gattung der Verträge sind, so erfordern sie alles das zu ihrer Gültigkeit, was jeder Vertrag nöthig hat, wenn er verbindlich seyn soll. Die Eigenschaften eines gültigen Vertrags sind §. 733. 734.

734. 735. 736. 737. und 738. erklärt worden. Alle dieſe wurden auch zu einer gültigen Stipulation erfordert. Wann ſie dieſe hatte: ſo hieß ſie *ſtipulatio inutilis.*

§. 833. Zweyte Art.

Allein es gibt auch Stipulationen, welche zwar die Erforderniſſe eines Vertrags überhaupt, aber inſonderheit nicht die Erforderniſſe einer Stipulation haben. Auch dieſe ſind *inutiles.* Dahin gehört 1) wann die Antwort nicht zur Frage paßt; z. E. ich fragte: willſt du mir 1000. Thlr. leihen, und der andere antwortete: ich will dir 500. leihen. Oder ich fragte unbedingt, er antwortete mit einer Bedingung. 2) Wann die Contrahenten nicht gegenwärtig waren, und daher die Fragen und Antworten einander durch Briefe oder Boten bekannt machten, Dann es war ein ſchlechterdings nothwendiges Erforderniß bey der Stipulation, daß der andere meine Frage aus meinem Munde, und ich aus dem ſeinigen die Antwort ſelbſt hörte.

TIT. XXI.

De Fideiuſſoribus.

§. 834. Uebergang zu gegenwärtiger Materie.

Wir haben bisher von den Stipulationen gehandelt. Nun wurden aber die Bürgſchaften bey den Römern alle durch Stipulationen geleiſtet. Daher kommen nun die Verfertiger der Inſtitutionen auf die Lehre von der Bürgſchaft. Ein allgemeiner Grundſatz dabey iſt: ſie iſt a) ein wichtiges, bedenkliches Geſchäft, (negotium *grave*;) dann der Bürge muß für den Schuldner haften; b) ein negotium *virile*; dann Weibsperſonen können nicht Bürge werden; c) ein negotium *civile.* Soldaten und Geiſtliche können ſich nicht gültig verbürgen.

§. 835. Was iſt ein Bürge?

Ein Bürge iſt eine Perſon, welche eine fremde Verbindlichkeit durch Stipulation und ohne Novation übernimmt. Alſo 1) der Bürge übernimmt eine fremde Verbindlichkeit. Man nennt dieſe Verbindlichkeit *obligationem principalem*, und den, der ſie auf ſich hat, *debitorem principalem*, Hauptſchuldner. 2) Er übernimmt ſie durch eine Stipulation; und zwar 3) ohne Novation, das heiſt dergeſtalt, daß der Hauptſchuldner nicht befreyet wird.

Drey Geschäfte sind also mit der Bürgschaft nicht zu verwirren: das *constitutum alienum*, das *mandatum qualificatum* und die Expromission. Wann ich eine fremde Schuld ohne Stipulation durch gemeine Worte, (nudis verbis) übernahm: so hieß das Geschäft constitutum alienum. (§. 846.) Mandatum heißt ein Auftrag, eine Commission. Man sehe §. 918. wo eine bestimmtere Erklärung vorkommen wird. Dieser Auftrag besteht entweder darin, daß ich Jemand ersuche, einem Dritten auf meine Gefahr zu creditiren; ich bitte den A., daß er dem B. borge, und verspreche dafür zu haften; oder nicht. Im ersten Fall heist es *mandatum qualificatum*, im letztern *simplex*. Das qualificatum kommt darin mit der Bürgschaft überein: wer einen solchen Auftrag gibt, kurz der *mandator* muß haften, so gut wie ein Bürge. Aber der Unterschied liegt darin: der Bürge verspricht nur für die Schuld zu haften, die schon vorhanden ist, oder noch contrahirt werden soll. Der mandator aber bittet mich, einem Dritten zu creditiren, und verspricht zugleich für die Schuld zu haften (*1). Endlich Expromission ist der Vertrag, da man die Verbindlichkeit eines andern auf sich nimmt, dergestalt, daß dieser gänzlich davon befreyet wird, (novando.) Man sehe den §. 989. Der Unterschied dieses Vertrags und der Bürgschaft ist also offenbar.

(1) Ausführlich handelt von diesem Unterschied *Voorda* elector.. cap. 7.

§. 836. Axiomen von der Bürgschaft.

Die Grundsätze bey der Bürgschaft sind also: 1) die Bürgschaft ist ein Vertrag, und zwar eine Stipulation. 2) Sie ist ein wichtiges, männliches und Civilgeschäft. (§. 834.) 3) Sie ist ein accessorischer Contract. (§. 752.) 4) Der Bürge wird nur in subsidium verpflichtet; Das heist alsdann erst, wann der Hauptschuldner nicht bezahlt; wofern er sich anders auf das *beneficium ordinis* beruft.

Nemlich a) nach dem ältesten römischen Recht mußte man den Hauptschuldner zuerst belangen, ehe man den Bürgen angreifen konnte. Justinian sagt in der vierten Novelle, dieß sey durch ein altes Gesetz verordnet gewesen. Was es aber für ein Gesetz war, weiß man nicht. Cujaz in seinen Anmerkungen über diese Novelle glaubt, es sey ein Zwölftafel-Gesetz. b) In den mittlern Zeiten konnte der Glaubiger zuerst belangen, wen er wollte, den Hauptschuldner oder Bürgen. Ja er konnte sogar variiren; z. E. zuerst den Hauptschuldner belangen, diese Klage liegen lassen, und nun den Bürgen angreifen. Zu welcher Zeit dieses Recht aufgekommen ist, weiß man nicht. So viel ist gewiß, daß es zu Cicero's Zeit galt (*1). c) Endlich publicirte Justinian

stinian die 4. Novelle, zog das alte Recht wieder hervor, und verordnete: der Glaubiger solle den Hauptschuldner, woferne er gegenwärtig wäre, vor dem Bürgen belangen; und wann der Bürge zuerst belangt würde, solle er die exceptionem ordinis oder excussionis opponiren, er soll fordern können, daß man in der gehörigen Ordnung verfahre, und den Hauptschuldner zuerst ausklage, (ut excutiatur debitor principalis;) das heist, ihn belange, und die Sache bis zur Execution treibe. Also dem Glaubiger ist es nicht verwehrt, den Bürgen zuerst zu belangen; wann er ihn zuerst belangt, so ist die Klage nicht unstatthaft, so daß der Richter amtshalben, (ex officio) den Kläger abweisen müßte oder könnte. Nein, sondern der Bürge muß sich auf das beneficium ordinis berufen; thut er diß nicht, so wird er zur Zahlung condemnirt. (*2)

(1) Man sehe dessen Epist. ad Att. Lib. 16. Ep. 15.
(2) *Sande* Decis. Fris. Lib. 1. Tit. 7. Def. 2. *Gail* Lib. 2. Obs. 27. n. 3. & Obs. 46. n. 19. *Zaunschliffer* tract. de offic. iud. suppletor. P. 2. Concl. 11. §. 3. *Lauterbach* Diss. de benefic. excuss. th. 45.

§. 837. Wer kann sich verbürgen?

Die Bürgschaft ist ein Vertrag; sie kann also 1) nur von solchen Personen geleistet werden, welche durch Verträge über ihr Vermögen disponiren können; also nicht von Blödsinnigen, Rasenden, Kindern, oder der Kindheit noch nahen Personen, (infantiae proximis.) Auch erklärte Verschwender, Unmündige und Minderjährige können ohne Einwilligung ihrer Vormünder sich nicht verbürgen. Taube und Stumme konnten nach römischem Recht nicht Bürge werden, weil sie keine Stipulation schliessen konnten, und die Bürgschaft durch Stipulation geschah. (§. 806. Num. 3) Heutiges Tags aber können sich dergleichen Personen gar wohl verbürgen, wann sie nur im Stande sind ihre Gedanken auszudrücken.

§. 838. Fortsetzung.

Die Bürgschaft ist ein männliches und Civilgeschäft. Daher können sich 2) Weibspersonen nicht verbürgen. Dieß ist zuerst durch den Vellejanischen Rathschluß festgesetzt worden. Er verbietet die Interceßionen (*1) allen Weibspersonen überhaupt. In der Novell. 134. Cap. 8. und der daraus gezogenen Auth. si qua mulier Cod. ad SC. Vellejan. wird die Bürgschaft einer Ehefrau für ihren Mann, und zwar noch stärker verboten, als im SCto Velleiano geschehen war. Nemlich a) eine Interceßion für den Ehemann ist ipso iure null; so daß der Richter die Ehefrau nicht verurthei-

len kann, wann sie auch gleich die exceptionem Authenticae si qua mulier nicht opponirt. Hingegen die Intercession für einen andern ist, (wofern sie anderst in einem öffentlichen Instrumente geschehen ist,) nicht ipso iure ungültig. Wann die Weibsperson belangt wird, und die exceptionem SCti Velleiani nicht entgegensetzt: so wird sie mit Recht zur Zahlung angewiesen. b) Eine Intercession für einen Fremden, (das heist der nicht der Bürgin Ehemann ist,) ist gültig, wann sie, nach zwey Jahren wiederholt wird. Hingegen die Bürgschaft für den Ehemann gilt nicht, wann sie auch noch so oft wiederhohlt würde. c) Dem Vellejanischen Rathschluß kann nach der in der Praxis angenommen Meynung gültig renunciirt werden, und zwar ohne Eyd. Hingegen der Auth. si qua mulier kann nach dem Gerichtsbrauche vieler Orten nichts anders als eydlich entsagt werden (*2). Soldaten können sich nicht gültig verbürgen. Verschiedene Juristen glauben zwar, ein Soldat sey ein gültiger aber kein guter Bürge, wofern er keine liegende Güter besitze; (fidejussor habilis sed non idoneus,) er habe meistens nicht so viel Vermögen, daß man sich an ihm erholen könne. Allein unsre Meynung ist in den deutlichsten Gesetzen (*3) gegründet (*4). Nur fragt sich, ob diese Gesetze in unsern Gerichten gelten. Dieß leugnen einige; (*5) aber die meiste und bewährteste Rechtsgelehrten vertheidigen deren heutige Gültigkeit. (*6) 4) Die Bürgschaft eines Geistlichen für einen Layen ist nach dem römischen Recht in gewissen Fällen ungültig. Nach dem canonischen Recht ist es streitig, ob ein Geistlicher sich verbürgen könne. Die richtigere Meynung ist die bejahende. Daher sind auch bey den Protestanten die Bürgschaften der Geistlichen gültig (*7).

(1) Eine Weibsperson nemlich intercediret für einen andern, 1) wenn sie zwar in eignem Namen, aber doch zu eines andern Nutzen contrahiret, z. E. sie läßt bey einem Kaufmann Waaren auf ihr Conto holen, und giebt sie mir; 2) wenn sie eine fremde Schuld durch eine Bürgschaft, constitutum (§. 846.) mandatum qualificatum (§. 835.) als correa, (§. 813.) oder durch Expromission (§ 989) übernimmt; 3) wenn sie ihre Sachen hergiebt, daß sie zum Nutzen eines andern verpfändet werden. S. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. ad SC. Velleians § 7. sqq. Die Geschichte des Vellejanischen Rathschlusses giebt *Iust. Frid. Lud. Engelbrecht* diss. ad SC. Velleianum, de historia SC. Velleian. et eius renunciatione generatim. Goett. 1749.

(2) Ob eine Weibsperson nach römischem Recht dem SCto Velleiano renunciiren könne, ist sehr bestritten. *I. H. Bochmer* diss. de efficaci mulierum interceff. in Exerc. ad Pand. Tom. 3. pag. 351 sqq. Joh. Georg Schlitte in einer Abhandlung die im Schottischen juriſt. Wochenblatt, 3. B. 563. u. f. f. S. steht, und andere behaupten es. Allein stärkere Gründe für das Gegentheil führen an: *Averan.* lib. 2. interpret. iur. cap. 5. *Engelbrecht* diss. cit. cap. 2. §. 3. sqq. *Hellfeld* commentat.

mentat. de interceſſ. mulier. et SCto Velleian. §. 37. ſqq. in opuſc. p. 305. ſqq. In der Praxis iſt indeſſen die erſtere Meynung angenommen. Ob die Ehefrau der auth. ſi qua mul. ohne Eyd entſagen könne, iſt ebenfalls controvers. Läßt man die Entſagung auf das SC. Velleianum ohne Eyd zu, ſo kann man auch eine ſolche Renunciation auf die auth. ſi qua mul. nicht mit Grund für ungültig halten. *Hahn* ad *Weſenbec.* tit. ad SCtum Vellei. n. 9. *Boehmer* diſſ. cit. cap. 3. §. 8. not. ll. Unterdeſſen iſt an vielen Orten nach dem Gerichtsbrauch eine eydliche Entſagung erforderlich, und rathſamer iſt es allemal, daß der Gläubiger auf eine beſchworne Renunciation dringe, da ſo viele Juriſten z. E. *Cothmann* Vol. 5. reſp. 48. n. 3. *Brunnemann* ad L. fin. D. ad SC. Vell. n. 16. *Mev.* P. 7. Dec. 229. n. 1. die unbeſchworne Renunciation der Eheweiber für ungültig halten.

(3) Man ſehe L. 8. cit. L. 31. Cod. locati.

(4) *Io. Lud. Schmidt* de fideiuſſore plane non obligato §. 71. ſqq.

(5) Z. E. *Ayrer* progr. de fideiuſſore milite §. 10. ſqq. in opuſc. Tom. 1. n. 7.

(6) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de fideiuſſ. §. 13. *Berger* O. I. Lib. 3. Tit. 3. §. 8. *Leyſer* ſp. 523. med. 3. 4.

(7) *Reinharth* ad *Chriſtin.* V. 28. *Pufendorf* Tom. 3. Obſ. 77. Anderer Meynung iſt *Leyſer* ſp. 523. m. 3. *Schmidt* tr. cit. p. 70. *Walch* controverſ. pag. 347.

§. 839. Für welche Verbindlichkeit kann man ſich verbürgen?

Die Bürgſchaft iſt ein acceſſoriſcher Contract. Daher kann man 1) ſich der Regel nach für alle aus einem Contract entſtandene Verbindlichkeiten verbürgen. Auch a) für blos natürliche Obligationen, (*1) wann ſie nur nicht von den bürgerlichen Geſetzen zernichtet ſind. (*2) b) Für blos bürgerliche Verbindlichkeiten, wofern ſie anderſt wirkſam ſind; dann ſind ſie unwirkſam, ſo kann ſich der Schuldner mit derſelben Exception ſchützen, welche dem Hauptſchuldner zuſteht. (*3) (§. 727. 728.) c) Für Verbindlichkeiten, die aus einem Verbrechen entſtehen, wann die Rede von der Erſetzung des Schadens oder einer Geldſtrafe iſt. Dann wann Jemand zu einer Leibes- oder Lebensſtrafe verurtheilt iſt: ſo wird kein Bürge angenommen. Der Grund iſt leicht einzuſehen. Dem Beſchädigten iſt es einerley, wer ihm den Schaden erſetzt, und dem Fiscus, wer ihm die Geldſtrafe erlegt, der Bürge oder Hauptſchuldner; und der Bürge kann ja ſeinen Regreß an den Hauptſchuldner nehmen. Aber der Zweck der Leibesſtrafen iſt, den Delinquenten, durch die ihm verurſachte Schmerzen, von neuen Verbrechen abzuſchrecken; und der Zweck der Lebensſtrafen, den Delinquenten auſſer Stand zu ſetzen,

noch mehr Verbrechen zu begehen. Keiner dieser Endzwecke würde erreicht werden, wenn man den Bürgen strafte.

Merkwürdig ist, wie die Note sagt, daß das Römische Recht der Frau nicht erlaubt, wegen ihres Eingebrachten von dem Ehemann Bürgen zu fordern, sondern daß eine solche Bürgschaft ungültig ist; da doch die Frau Pfänder zur Sicherheit verlangen kann, und die Verpfändung gültig ist. Der Grund, welcher in der L. 2. C. cit. angeführt wird, ist: ne causa perfidiæ in connubio generetur. Es würde ein Mißtrauen verrathen, und Gelegenheiten zu Zwistigkeiten geben, wann die Frau Bürgen fordern wollte. Man sieht aber ohne mein Erinnern, daß dieser Grund nicht befriedigend ist. Daher behaupten auch die meiste Rechtsgelehrte, (*4) daß heutiges Tages eine solche Bürgschaft gelte.

(1) Eine Ausnahme ist bey dem filio familias, der etwas aus einem Darlehn schuldig ist. Für diese Schuld kann sich niemand gültig verbürgen, ob sie gleich nicht zernichtet ist. (§. 727.) L. 9. §. 3. D. de SC. Maced. *Püttmann* probabil. Lib. 1. Cap. 19.

(2) Z. E. für eine Spielschuld. Strube rechtl. Bed. 4. Th. 334. Seite.

(3) L. 12. Cod. de non num. pec. *Vinn.* l. c.

(4) *Leyser* sp. 523. Med. 8. *Eisenhard* diss. de fideiussoribus dotis §. 9. in opusc. p. 32. sqq.

§. 840. Wie kann sich der Bürge verpflichten?

2) Der Bürge kann sich daher zwar a) stärker (magis) verpflichten als der Hauptschuldner; z. E. durch einen Eyd, Wechsel; aber b) nicht auf eine höhere Summe, (in majus.) Z. E. wann der Hauptschuldner nur 1000. Thlr. schuldig ist: so kann sich der Bürge nicht zu 1100. verbindlich machen. Allein wann er es nun thut, ist dann die ganze Bürgschaft ungültig? Z. E. ist in dem gegebenen Exempel der Bürge zu nichts verbunden, oder muß er für 1000. Thlr. haften? Die richtigere Meynung nach dem römischen Recht, da die Fidejussion durch eine Stipulation geschah, ist, daß er für nichts hafte. (*1) c) Der Bürge kann sich auch nicht zu härteren Conditionen verpflichten, als der Hauptschuldner; z. E. wann dieser etwas nur bedingt versprochen hat: so kann sich der Bürge nicht pure verpflichten; wann der Hauptschuldner verbunden ist, das Bauholz im Walde abzugeben: so kann sich der Bürge nicht verpflichten, es in der Stadt zu liefern. Endlich d) kann sich der Bürge auch nicht zu einer andern Sache verbindlich machen: wann z. E. der Hauptschuldner 1000. Thlr. schuldig ist: so kann der Bürge nicht ein Stück Wein ver-

spre-

sprechen. (*2) Der Grund aller dieser Sätze liegt in der Natur der Stipulation und in dem Formularrecht.

3) Sobald die Hauptschuld getilgt wird, hört auch die Verbindlichkeit des Bürgen auf; dieß geschieht unter andern auch alsdann, wann die Hauptschuld durch die Confusion erlischt, das heist wann der Hauptschuldner Erbe des Gläubigers, oder der Gläubiger Erbe des Schuldners, oder ein dritter Erbe von beyden wird. (§. 981.)

(1) L. 8. §. 7. D. h. t. sagt ausdrücklich: qui in duriorem causam accipiuntur, *omnino* non obligantur. *Of. Aurel.* de variant. *Cuiac.* interpret. dispunct. 51. in *Otton.* thesaur. Tom. 3. p. 800. *Averanius* interpret. iur. lib. 2. cap. 3. *Cocceji* iur. controv. tit. de fideiussor. Quaest. 7. *Voet.* ibid. §. 4. *Franc. Car. Conradi* diss. de fideiussore, in maiorem summam, quam quae debetur adhibito, Helmst. 1734. *Eiusd.* progr. ad h. diss.

(2) *Averan.* l. c. cap. 4.

§. 841. Wirkungen der fidejussorischen Verbindlichkeit.

Der Bürge ist in subsidium verpflichtet; daraus folgt 1) daß wann der Hauptschulder nicht bezahlt, der Bürge und seine Erben haften müssen. Eine sehr nützliche Cautel ist es daher für den Bürgen, daß er, sobald er merkt, die Vermögensumstände des Hauptschuldners verschlimmern sich, den Gläubiger ex lege si contendat, das heist, ex L. 28. D. de fideiuss. provocire. Ich, der Bürge, zeige nemlich den Richter an, daß ich mich verbürgt habe, die Vermögensumstände des Schuldners aber würden bedenklich, ich bäte also den Gläubiger anzuhalten, daß er gegen mich klage. Diese Vorstellung wird dem Gläubiger zur Vernehmlassung mitgetheilt. Nun klagt er entweder gegen mich, oder nicht. Im ersten Fall setze ich ihm die exceptionem ordinis entgegen; welche dann, weil der Schuldner jetzt noch solvendo ist, statt findet, und mir die Absolution von der Klage verschafft. Im letzten Fall aber wird mir meine exceptio ordinis für beständig wirksam (pro perpetua) erklärt; das heist, ich kann sie opponiren, wann der Gläubiger auch erst überlängst, zu einer Zeit, da schon der Hauptschuldner völlig verdorben ist, gegen mich klagt. Es ist zwar noch zweifelhaft, ob die sogenannte provocatio ex lege si contendat wirklich in der L. 28. D. de fidejuss. gegründet sey. Allein in der Praxis ist sie ohne Zweifel angenommen.

2) Mehrere Bürgen haften in solidum, jeder kann also auf die ganze Schuld belangt werden; sie mögen sich nun ausdrücklich in solidum verbunden haben, oder nicht.

3) Zahlt der Hauptschuldner nicht: so werden die Bürgen actione ex stipulatu belangt.

4)

4) Wann sich Jemand nur auf eine gewisse Zeit verbürgt: so ist er nach Ablauf dieser Zeit gar nicht mehr verbunden. Verbürgt sich aber Jemand füe die Schuld einer gewissen Zeit, und diese Zeit ist verflossen, so muß er zwar für das vergangene, nicht aber für das künftige haften. Z. E. Wann Jemand ein Haus auf 5. Jahre miethet, und ich mich für das Miethgeld verbürge: so hafte ich für die 5. Jahre. Bleibt der Miethsmann noch länger im Hause wohnen: so bin ich für das Miethgeld der folgenden Jahre nicht verbunden.

(1) *Meister* diss. de falsa probatione processs. provocatorii ex iur. rom. cap. 4. §. 11. sqq. in opusc. Vol. 1. pag. 124. sqq.

§. 842. Von den drey Rechtswohlthaten der Bürgen.

Die Bürgen haben drey Rechtswohlthaten oder Privilegien: das beneficium divisionis, ordinis oder excussionis und cedendarum actionum. Alle drey stimmen darin überein, daß sie dem Bürgen nur alsdann zu statten kommen, wann er sich darauf beruft. Wird er belangt, und allegirt sie nicht: so kann der Richter keine Rücksicht darauf nehmen. (*1) (§. 836.)

(1) *Zaunschliffer* tr. de officio iud. suppl. Part. 2. concluss. 11. §. 3. in opusc. p. 88.

§. 843. Vom beneficio divisionis.

Die Rechtswohlthat der Theilung ist den Bürgen zuerst vom Kaiser Hadrian ertheilt worden, und heist daher auch *beneficium ex epistola D. Hadriani.* Wann nemlich mehrere sich für Eine Schuld verbürgt haben, und alle *solvendo*, auch gegenwärtig sind, einer aber auf das ganze belangt wird: so kann er verlangen, daß der Kläger vorerst seine des Beklagten ratam annehme, und die übrigen auch auf ihre Antheile belange.

§. 844. Vom beneficio ordinis oder excussionis.

Die Rechtswohlthat der Excussion hat Justinian in der 4. Novelle dem Bürgen gegeben. Ihre Beschaffenheit habe ich bey dem 836. §. hinlänglich erklärt. Ist es übrigens dem Gläubiger lästig, daß er erst den Hauptschuldner ausklagen soll: so muß er den Bürgen auf diese Rechtswohlthat Verzicht thun lassen. Er kann nemlich verlangen, daß die Clausel in den Bürgschein gesetzt werde: auch entsagt der Bürge dem beneficio excussionis, und es soll dem Gläubiger frey stehen, nach Gefallen entweder den Bürgen oder den Hauptschuldner zu belangen. Die übrige Fälle, wo diese Rechtswohlthat wegfällt, erklärt am weitläuftigsten **Berlich**, (*1) welcher deren vier und neunzig anführt.

(1) *Berlich* Part. 2. Concluss. 24.

§. 845.

§. 845. Vom beneficio cedendarum actionum.

Diese Rechtswohlthat ist in zwey Fällen nüzlich: 1) Wann ich als Bürge belangt werde, und der Fall so beschaffen ist, daß ich die exceptionem ordinis nicht opponiren kann, weil der Hauptschuldner abwesend oder jezt nicht im Stande ist zu bezahlen: so kann ich verlangen, daß mir der Gläubiger seine Rechte gegen den Hauptschuldner abtrete, (ut actiones cedat.) Ist dieß geschehen, so kann ich in der Folge vermittelst dieses cedirten Rechtes meinen Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen; ihn nemlich belangen, daß er mir das wieder vergüte, was ich an den Gläubiger habe bezahlen müssen. 2) Wann ich nebst mehreren andern mich verbürgt habe, und auf das ganze belangt werde, die Umstände aber nicht erlauben, daß ich die exceptionem divisionis opponire, weil die Mitbürgen abwesend oder jezt nicht solvendo sind: so kann ich ebenfalls fordern, daß mir der Gläubiger seine Rechte abtrette. Dieß dient mir dazu, daß ich nachher die Mitbürgen belangen, und sie anhalten kann, mir ihren Antheil an der bezahlten Summe zu ersetzen.

Nach dem strengen Recht muß diese Cession geschehen, ehe ich bezahle. Dann sobald die Zahlung geschehen ist, hat der Gläubiger kein Recht mehr, kann also auch keines cediren. Allein die römischen Juristen sehen in diesem Stücke nicht auf das strenge Recht, sondern auf die Billigkeit. Sie sagen daher a) wann ich unter der Bedingung: daß mir die Rechte cedirt werden bezahle, so kann die Cession nach der Zahlung geschehen; ja b) wann ich auch diese Bedingung nicht ausdrücklich aushalte, so versteht sie sich von selbst.

§. 846. Vom constituto.

Das constitutum ist entweder *possessorium* oder *promissorium*. *Constitutum possessorium* ist eine Erklärung, daß ich meine Sache nicht mehr in eignem, sondern in des andern Namen besitzen wolle. Z. E. ich alienire mein Haus, behalte mir aber den Einsitz als usufructuarius, Miethsmann u. s. w. bevor. *Constitutum promissorium* ist ein Versprechen, das sich auf eine vorhandene Verbindlichkeit bezieht. Es ist entweder proprium oder alienum. Constitutum *proprium* ist vorhanden, wann ich ein Versprechen thue, das sich auf meine eigene, schon vorhandene Verbindlichkeit bezieht, *alienum* wann es auf eine fremde Obligation Bezug hat, das heist wann ein anderer etwas schuldig ist, und ich verspreche entweder eben dieses Object oder etwas anders statt dessen zu leisten. Das constitutum proprium kann 1) in einer bloßen Bestätigung der alten Verbindlichkeit bestehen. Man kann aber auch 2) die Verbindlichkeit durch ein *constitutum* ändern, und zwar a) quod *quantitatem* in minus. Nemlich wann ich 1000.

schuldig war; so kann ich die Schuld durch ein constitutum auf 900 vermindern. L. 13. D. de constit. pecun. Wird hingegen im Constitut eine grössere Summe festgesetzt, z. E. ich war 900. schuldig und verspreche 1000: so gilt zwar das Constitut in soweit, daß es die vorige Obligation bestättigt; aber ich kann doch nur auf 900. belangt werden. L. 11. sqq. D. L. 2. pr. C. eod. b) Quoad *qualitatem.* Ich kann anstatt der schuldigen Sache constituendo eine andere von gleichem Werthe versprechen. L. 1. §. 5. D. eod. c) Quoad *accidentia.* Was ich ex die schuldig war, kann ich pure constituiren, und ungekehrt. L. 3. §. 2. D. eod; Ich kann auch den Zahlungstermin constituendo verkürzen. Was ich pure schuldig bin, kann ich bedingungsweise constituiren, und umgekehrt. Doch in diesem letzten Fall, wann ich pure constituire, was ich sub conditione schuldig war, wirkt das constitutum nur eine Bestättigung der ersten Obligation; die Condition aber behält ihre Gültigkeit. L. 19. pr. D. eod. Man kann ferner constituendo einen Lieferungsort festsetzen; auch den schon bestimmten ändern. L. 5. pr. eod. Endlich kann man constituendo Bürgen zu stellen, oder Pfänder zu geben versprechen. L. 14. §. 1. 2. D. eod. 3) Kann die Person des Gläubigers constituendo geändert werden. Was ich dem A. schuldig bin, kann ich mit dessen Einwilligung dem B. constituendo versprechen. L. 5. §. 2. D. h. t.

Aus allem diesem erhellet, daß es nicht ganz richtig gesprochen ist, was viele Juristen sagen: constitutum est *geminatum pactum.* Dann man kann eine Verbindlichkeit, die aus einem Contract, und einem Delict entstanden ist, zum Gegenstande des constituti machen. Wann aber dagegen andere Rechtsgelehrte, als der angeführte Grangianus und Otto sagen, ein geminatum pactum habe keine Verbindlichkeit gewirkt: so halte ich dieß ebenfalls für unrichtig. Dann es war ja ein constitutum, und L. 14. C. de pactis, den sie allegiren, beweist, so viel ich einsehe, ihre Meynung nicht. (*1)

Ueber den Grund, warum das constitutum verpflichte, wird gestritten. (*2) Nemlich das constitutum wird nudis verbis geschlossen, wie kommt es, daß es eine Klage producirt? Franzke (*3) sagt sehr gut: constitutum semper debitum aliquod præsupponit, illique accedit, adeoque in eo de feria & maxima promittentis voluntate certius patet, (quam in aliis pactis nudis.) Der Prätor sah es als ein wohl überlegtes und ernstlich gemeintes pactum an; er hielt es daher für schändlich, wann einer dieses Pactum nicht halten wollte.

Das constitutum alienum ist von der Bürgschaft verschieden. Denn die Bürgschaft wird durch eine Stipulation geschlossen, das constitutum nudis

verbis.

verbis. Daher ist die Bürgschaft ganz ungültig, wann der Bürge sich auf eine höhere Summe oder zu einer andern Sache, oder zu härteren Bedingungen (§. 840.) verpflichtet, das constitutum nicht. Wann ich auf eine andere Sache constituire, z. E. wann A. die schuldige 100. Thlr. nicht bezahlt, so will ich dir mein Reitpferd geben, so muß ich diese andere Sache, das Reitpferd geben; und wann ich auf eine höhere Summe constituire, so gilt der Vertrag quoad concurrentem summam. Z. E. wann ich mich für eine Schuld von 1000. Thlrn. constituendo auf 1100. Thlr. verpflichte: so muß muß ich für 1000. haften. Endlich wann ich auf härtere Bedingungen constituire: so bin ich zwar nicht zu den härtern Bedingungen, aber doch eben so wie der Hauptschuldner verbunden. Z. E. wann ich constituendo etwas pure verspreche, was der Hauptschuldner nur conditionate schuldig ist: so bin ich conditionate verpflichtet.

(1) Man sehe *Grangian.* in paradox. iur. civ. Cap. 38. Thesaur. Ott Tom. 5 p. 632. *Bachov.* de act. disp. 8. n. 3. *Gundling.* Part. 20. p. 478. seqq. *Otto* ad § 9. I. de act. *Schulting.* thes. controv. Decad. 47. n. 4.

(2) *Westenberg.* de causis obligat. Diss. 7. Cap. 6.

(3) *Franzk.* ad Pand. Tit. de constit. pec. n. 7.

§. 847. Nutzen des constituti nach römischem Recht.

Das constitutum war nach römischem Recht sehr vortheilhaft. Denn ein pactum nudum producirte keine Klage. Wann ich aber verbis nudis etwas in Rücksicht einer schon vorhandenen Obligation versprach: so gab der Prätor eine Klage daraus, welche actio constitutoria oder de constituta pecunia heist. Sie ist also die Klage, welche der Gläubiger gegen den Constituenten auf die Erfüllung des Versprechens anstellt.

§. 848. Nutzen des constituti in Deutschland.

Bey uns hat das constitutum weniger Nutzen als bey den Römern. Dann ein Versprechen wirkt schon eine Klage; es mag geschehen in Rücksicht einer schon vorhandenen Obligation oder nicht. Indessen giebt es doch Fälle, wo die Wiederholung eines Versprechens wirksam ist. Nemlich 1) hat es zuweilen die Wirkung, daß die exceptio SCti Velleiani wegfällt. (§. 838.) 2) Wirkt es zuweilen, daß einer Handschrift die exceptio non numeratae pecuniae nicht opponirt werden kann; (§. 852.) 3) kann eine Ehefrau, welche in die Veräusserung ihres Dotalgutes, oder der donationis propter nuptias gewilliget, und den Consens nach zwey Jahren wiederholt hat, die Veräusserung nicht umstossen. (*1) Das constitutum alienum ist heutiges Tags,

da die Fidejussion nicht durch Stipulation geschieht, mit dieser einerley. Will indessen Jemand den Vertrag, wodurch ich mehr oder etwas anders, als die Hauptschuld übernehme, (§. 840.) oder mich härter (in duriorem causam) verpflichte, nicht Fidejussion, sondern constitutum alienum nennen: so werde ich darüber nicht mit ihm streiten. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß heutiges Tages der, welcher einer fremden Verbindlichkeit beytritt, und mehr verspricht, als der Hauptschuldner, dieses mehrere leisten muß; und wer härtere Bedingungen übernimmt, auch diese erfüllen müsse. (* 2)

(1) Nov. 61. Cap. 1. *Franzk.* resolut. Lib. 3. ref. 3. n. 77. p. 278. *Textor* Diss. de effectu geminationis Cap. 3. n. 68. in Diss. collect. adpend. p. 180. *Schræter* Diss. de eo quod inst. est circ. geminat. §. 20. p. 27.

(2) *Stryck* V. M. tit. de fideiussor. §. 9.

TIT. XXXII.

De litterarum obligationibus.

§. 849. Uebergang zu den Litteralcontracten.

Die Realcontracte erfordern zu ihrer Gültigkeit die Erfüllung von einem Contrahenten, die Verbalcontracte eine mündlich ausgesprochene Formel, die Consensualcontracte weiter nichts als Einwilligung, endlich die Litteralcontracte einen schriftlichen Aufsatz. Die Beschaffenheit dieser Contracte nach altem römischen Recht ist sehr dunkel und ungewiß. Ich will mich hier dabey nicht aufhalten, (* 1) sondern nur das Justinianeische Recht vortragen.

(1) Man sehe *Gundlingiana* Part. 40. num. 2. pag. 410. sqq. *Ge. Sam. Madihn* diss. de vera indole litterarum obligationis atque exceptionis non numeratae pecuniae, (Hal 1760.) §. 2. sqq. *Godofr. Lud. Mencken* diss. de vera indole litterarum obligationis. §. 1. sqq. in opusc. p. 399. sqq. *Franz Jos. Bodtmann* diss. (sub præsid. *Io. Nepomuc Endres*) περι της εν γραμματιν ενοχης, seu de litterarum obligatione Wirceb. 1778.

§. 850. Was ist ein Litteralcontract?

Um die Natur des Litteralcontracts deutlich einzusehen, muß man folgendes bemerken. 1) Ein schriftlicher Aufsatz (*scriptura, documentum, cautio,*) sagt

sagt entweder, daß eine gewisse Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey. Im letzten Fall heist er eine Quittung, *apocha*. Z. E. folgender Aufsatz: Daß mir Herr *N.* heute die ihm dargeliehene 1000. Thlr. bezahlt habe, bekenne ich hiermit, ist eine Quittung; dann ich bezeuge, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erloschen sey. Im ersten Fall sind sie entweder *syngraphæ*, oder *chirographa*. Syngrapha heist ein Aufsatz, der über einen Bilateralcontract errichtet wird. Z. E. ein Kaufbrief, Pachtbrief, u. s. w. Chirographum hingegen heist ein Aufsatz über einen Unilateralcontract; z. E. ein Document, worinn ich bekenne, 1000. Thlr. aus einem Darlehn schuldig zu seyn.

2) Sieht man auf die Wirkungen eines Documents: so ist es zweyerley. Einige Documente nemlich dienen nur zum Beweiß, andere aber produciren eine Verbindlichkeit. Aus einigen nemlich kann ich zwar einen Beweis hernehmen, daß ein gewisses factum geschehen sey; aber meinem Gegner ist es nicht verwehrt, das Gegentheil darzuthun. Hingegen giebt es Fälle, wo einer zu bezahlen schuldig ist, weil er sich zu der Schuld schriftlich bekannt hat, und wo er mit dem Beweise, er sey nichts schuldig, das Document sage eine Unwahrheit, gar nicht gehört wird.

3) Der Regel nach gibt ein Document weiter nicht als Beweis, es wirkt keine Verbindlichkeit; und zwar beydes ohne Rücksicht auf sein Alter.

4) Nur zwey Geschäfte gibt es im römischen Recht, welche die ganze sonderbare Natur haben, daß ein darüber ausgestelltes Document a) ehe eine gewisse Zeit verflossen ist, nicht einmal einen Beweis gibt; hingegen b) sobald die gesetzte Zeit verstrichen ist, eine Verbindlichkeit wirkt.

5) Diese Geschäfte sind das Darlehn, und die Bestellung eines Brautschatzes, (*datio dotis.*)

6) Ein Document welches über diese Geschäfte ausgestellt ist, und eine Verbindlichkeit wirkt, heist *litterarum obligatio*, bey den neuern *contractus litteralis* oder *chirographarius* (* 1)

(1) Ob dieser Contract eine Gattung des Darlehncontractes, mutuum præsumtum, oder ein eigner besonderer Contract, ob er unter die wahre oder Quasicontracte gehöre, ist streitig. S. *Gottlob. Eusеb. Oeltze* diss. (præs. *Joach. Erdm. Schmidt*) an et quatenus litterarum obligatio in Germania locum habeat? (Ien. 1766.) §. 24.

§. 851. Vom Litteralcontract bey dem Darlehn.

Wann ich nemlich in einem Schuldschein bekenne, ein Darlehn empfangen zu haben: so werde ich entweder aus dem Scheine belangt, ehe er

zwey Jahr alt ist, oder nachdem er das Alter von zwey Jahren erreicht hat. Im ersten Fall entsteht nicht einmal ein Beweis daraus, sondern ich kann die exceptionem non numeratae pecuniae opponiren; sagen ich hätte den Schuldschein in der Hofnung ausgestellt, Geld darauf zu erhalten; hätte aber nichts erhalten. Dieß hat die Wirkung, daß der Kläger nun auf andere Art, z. E. durch Zeugen, Eydesdelation beweisen muß, daß er mir das Geld dargeliehen habe. Die Ursache dieser seltsamen Verordnung liegt darin, weil es zuweilen geschieht, daß Jemand, der in Noth ist, einen Schuldschein ausstellt, ehe er noch das Geld bekommen hat, und der Besitzer des Scheines denselben mißbraucht, um daraus zu klagen. Allein diese Fälle sind so selten, daß sie die römische Verordnung nicht rechtfertigen; wenigstens hätte man keinen so langen Zeitraum, keine zwey Jahre festsetzen sollen. (* 1) Im letzten Fall entsteht eine Verbindlichkeit aus dem Schuldschein, das heist der Aussteller desselben muß das Darlehn wiedergeben, dessen Empfang er bekannt hat, ohne daß er mit dem Beweis, er habe nichts bekommen, gehört wird. Der Grund dieser Verordnung liegt darin, daß es schlechterdings und höchst unglaublich ist, (praesumtio iuris & de iure,) der Aussteller einer Handschrift werde nachläßig genug seyn, sie zwey Jahre in fremden Händen zu lassen, ohne Geld empfangen zu haben, und daß, wann er so äuserst nachläßig wäre, er billig gestraft wird.

(1) Was *Madihn* diss. cit. §. 8. zur Vertheidigung des römischen Rechts anführt, hat mich nicht überzeugt.

§. 852. Fälle, wo die exceptio N. N. P. nicht statt hat.

Ich habe gesagt: wann ich aus einer Handschrift belangt werde, die noch keine zwey Jahr alt ist, so kann ich exceptionem non numeratae pecuniae opponiren. Diese Regel aber hat folgende Ausnahmen: 1) Wann der Aussteller unter die Handschrift notirt, oder in einer besondern Quittung bekennt hat, daß die Auszahlung des Geldes geschehen sey. Nur muß das zweyte Bekenntniß nicht zu derselben Zeit, da die Handschrift ausgestellt ist, sondern einige Zeit nachher, (ex intervallo) geschehen. Z. E. die Handschrift heist: Ich Endesunterschriebener bekenne, daß mir Herr *N.* die Summe von 1000. Thlr. gegen 5. Procent voegeschossen hat. Frankfurt den 1. März 1778. Unter dieser Handschrift steht: Obige Summe ist mir unter heutigem Datum wirklich ausbezahlt worden. Frankfurt den 3. März 1778. Oder ich schreibe auf ein anderes Papier: daß mir Herr N. die Summe von 1000. Thlr. worüber ich gestern eine Handschrift ausgestellt, heute richtig ausbezahlet, solches bescheinige hiermit. Frankfurt den 2. März 1778. Jetzt

fällt

ällt die exceptio non numeratae pecuniae weg; zwar nicht nach ausdrücklichen Gesetzen, aber doch nach der Rechtsanalogie und den Grundsätzen der gesunden Vernunft; dann es ist unglaublich, daß Jemand, ohne das Geld empfangen zu haben, eine solche doppelte Versicherung ausstellen werde. (*1) Wann der Aussteller etwa ausdrücklich vor Zeugen, oder auch stillschweigend eingestanden hat, daß er Geld auf die Handschrift bekommen habe. Ein Factum, wodurch er den Empfang stillschweigend eingesteht, ist, wann er Zinsen von der erhaltenen Summe bezahlt. 3) Wann der Erblasser im Testament den Empfang anerkannt hat, und itzt der Erbe belangt wird. 4) Wann ein argentarius aus einer Handschrift klagt. Die Argentarien waren eine Art von Banquiers, die ihre Wechselbuden auf dem Forum hatten. Sie ließen sich keine Handschriften ausstellen, ohne sogleich zu zahlen, und niemand gab ihnen auch eine Handschrift, ohne baare Zahlung zu bekommen. (*2)

(1) Struben rechtl. Bed. 4. Th. 276. S.

(2) *Joh Gottfr. Sieber* diss. I. de argentariis, Lips. 1737. Diss. II. de argentariis, eorumque inprimis officiis, ibid. 1739. *Hubert* diss. duæ de argentariis veterum in *Oelrichs* thes. Diss. Belg. Vol. 2. Tom. 1. num. 1. &2.

§. 853. Wie hat sich der Aussteller einer Handschrift gegen Schaden zu sichern?

Wann eine Handschrift zwey Jahr alt ist: so entsteht eine Verbindlichkeit daraus. Wie habe ich mir also zu helfen, wann ich eine Handschrift, in der Hofnung Geld zu bekommen, ausgestellt habe, und keines bekomme; folglich in Gefahr bin, daß der Besitzer nach zwey Jahren aus dem Schuldschein gegen mich klagen wird? Es gibt in diesem Fall verschiedene Hülfsmittel: 1) ich kann den Schuldschein condictione sine causa zurückfordern; ich kann 2) querelam non numeratae pecuniae anstellen, und bitten, daß mir Beklagter, entweder das Geld auszahlen oder die Handschrift zurückgeben solle; ich kann endlich 3) wann der Gegentheil abwesend ist, gegen alles aus der Handschrift entstehen könnende Präjudiz gerichtlich protestiren. Wann ich den letzten Weg erwähle; so wird meine exceptio n. n. p. vom Richter für beständig gültig erklärt; ich kann sie also opponiren, die Handschrift mag so alt werden, als sie will.

§. 854. Vom Litteralcontract bey dem Brautschatze.

Das zweyte Geschäft, bey dem der Litteralcontract eintritt, ist die Bestellung eines Brautschatzes. Wann der Schwiegerschon einen Handschein ausstellt, worinn er bekennt, von seinem Schwiegervater einen Brautschatz

schatz empfangen zu haben: so sind drey Fälle zu unterscheiden. Der erste ist, wann die Ehe binnen zwey Jahren getrennt wird; der zweyte: wann sie nach zwey Jahren, aber doch binnen zehen Jahren geendigt wird; der dritte: wann die Trennung nach zehen Jahren erfolgt.

Man nehme also den ersten Fall an; ich heyrathe am 1. Merz 1778. und stelle meinem Schwiegervater einen Handschein aus, worin ich bekenne 10000. Thlr. Brautgabe empfangen zu haben. Am 1. Febr. 1770. stirbt meine Ehefrau, die Ehe hat also keine zwey volle Jahre gedauert. In diesem Falle nun klagt der Schwiegervater entweder binnen Einem Jahre auf die Zurückgabe des Heyrathsgutes; oder erst nach Verlauf eines Jahres. Klagt er vor Verflieſſung eines Jahres: so kann ihm der Schwiegersohn die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen; welches die Wirkung hat, daß der Schwiegervater die wirkliche Auszahlung des Brautschatzes durch andere Beweismittel, als die Handschrift, beweisen muß. Klagt er aber erst nach Ablauf des Jahres: so muß der Schwiegersohn den Brautschatz schlechterdings zurückzahlen, und wird mit dem Beweise, er habe nichts erhalten, nicht gehört. Der Grund dieser Verordnungen ist derselbe, wie bey dem Darlehn. Bey den Römern mochte es wohl häufiger, als heutiges Tages, geschehen, daß in den Ehepacten ein Schwiegersohn den Empfang einer Brautgabe bescheinigte, ohne sie erhalten zu haben, und daß der Schwiegervater von diesem Bekenntniß einen Mißbrauch machte. Daher wollte der Gesetzgeber, daß es nicht sogleich Beweiskraft haben sollte. Er hielt es aber auch für billig, daß man einen Schwiegersohn, welcher behauptet, er habe auf seinen Schuldschein nichts empfangen, den er doch dem Schwiegervater so lange in Händen gelassen, mit seinem Vorgeben, theils weil es unglaublich ist, theils zur Strafe der Nachlässigkeit nicht anhöre.

Der zweyte Fall war: Die Ehe wird nach zwey Jahren, doch noch vor Ablauf von zehen Jahren getrennt. Jetzt klagt der Schwiegervater entweder binnen drey Monaten; oder nachher. Geschieht jenes: so kann der Schwiegersohn exceptionem non numeratae dotis opponiren; geschieht aber das letztere: so muß der Schwiegersohn schlechterdings bezahlen.

Der dritte Fall ist: die Ehe wird, nachdem sie zehen Jahre gedauert hat, getrennt. Wann dieß geschieht; so muß der Schwiegersohn ohne Unterschied das Heyrathsgut bezahlen, zu dessen Empfang er sich bekannt hat, und wird zu keinem Beweise des Gegentheils zugelassen. Uebrigens fällt auch bey dem über eine Brautgabe ausgestellten Schein die exceptio n. n. p. in denselben Fällen weg, wo sie bey dem Darlehn cessirt. Wann nehmlich der Ehemann den Empfang der Brautgabe noch besonders quittiret, oder auf ande-

re

re Weise vor Zeugen, oder in einem Testament anerkannt hat. (§. 852.)

§. 855. Hat ein Litteralcontract auch in andern Fällen statt?

Der Litteralcontract hat blos bey dem Darlehn und der Bestellung des Brautschatzes statt. (*1) In diesen Geschäften allein geschieht es zuweilen, daß Jemand eine Handschrift oder Empfangschein in der Hofnung, Geld zu erhalten, ausstellt, in andern ist es nicht gewöhnlich. Daher fällt 1) in andern Geschäften die exceptio non numeratae pecuniae weg. Daß in dem Falle, wann ich schriftlich bekenne, ein depositum erhalten zu haben, diese Exception nicht statt finde, sagen die Gesetze ausdrücklich. (*2) Dann wer wird schriftlich bekennen, ein Depositum empfangen zu haben, ehe er es wirklich in Händen hat? Dieser Grund tritt aber auch bey andern Geschäften ein. (*3) Ich sage die exceptio non numeratae pecuniae fällt bey allen Geschäften ausser dem Darlehn und der dotis datione weg; nemlich die exceptio n. n. p. welche bisher beschrieben worden ist, welche den Beweis der geschehenen Bezahlung auf den Kläger wälzt, fällt weg. Wann Jemand in einem andern Geschäft behauptet, er habe das Geld nicht empfangen, dessen Empfang er doch schriftlich gestanden hat, und will es beweisen; so steht es ihm frey. Z. E. wann ich behauptete, daß ich zwar einen Empfangschein über ein Depositum, über erhaltene Kaufgelder u. d. g. ausgestellt, aber nichts empfangen hätte, und es beweisen will: so muß ich damit allerdings gehört werden. 2) In andern Geschäften entsteht auch keine Verbindlichkeit aus einem Empfangschein, er sey so alt er wolle. Wann ich z. E. vor 10. Jahren schriftlich bekannt hätte, 1000. Thlr. als ein Depositum erhalten zu haben, und jetzt auf die Wiederbezahlung belangt werde: so kann ich die Exception machen; daß ich nichts empfangen habe, aber ich muß freylich den Beweis meines Angebens übernehmen.

(1) Auf das Darlehn allein läst sich der Litteralcontract nicht einschränken, wie einige thun. S. *Oeltze* diss. cit. §. 26.

(2) L. 14. §. 1. C de non num. pecun.

(3) *Mencken* diss. cit. §. 19. *Oeltze* l. c. §. 27.

§. 856. Von Quittungen.

Auch auf Quittungen lassen sich die bisher vorgetragene Sätze nicht schlechterdings anwenden; sondern bey diesen ist folgendes Rechtens: 1) Wann ein öffentlicher Gelderheber eine Quittung ausstellt: so entsteht daraus sogleich

ein Beweis gegen ihn. Dann ein solcher Mann stellt nie Quittung aus, ehe er das Geld empfangen hat. 2) Wann mir Jemand anders eine Quittung geschrieben hat, und gleichwohl die quittirte Summe einklagt: so klagt er entweder binnen dreyßig Tagen, oder nachdem die Quittung dreyßig Tage alt ist. Gesetzt das erste geschieht; ich habe am 1. Januar 1778. bezahlt, und unter diesem Datum eine Quittung erhalten. Am 20. Januar belangt mich der andere auf die Schuld. Ich producire also seine Quittung. In diesem Fall kann er mir die exceptionem oder eigentlich replicam non numeratae pecuniae entgegen setzen; das heist sagen, er hätte die Quittung in Hoffnung der Zahlung ausgestellt, hätte aber keine Zahlung erhalten. Dies hat die Wirkung, daß ich die geschehene Zahlung auf andere Weise als durch die Quittung beweisen muß. Wann aber das letzte geschieht, wann ich z. E. meine Schuld am 1. Januar 1778 abgetragen, und darüber quittirt worden bin: so kann ich mich mit meiner Quittung schützen; sie führt eine vollkommene Beweißkraft bey sich, weil sie älter als dreyßig Tage ist.

Wie aber wann der Erheber öffentlicher Gelder, oder ein anderer Kläger, welchem eine dreyßig Tage alte Quittung vorgelegt wird, beweisen will, daß er nichts darauf empfangen habe, muß er nicht mit diesem Beweise gehört werden? Die billigere und in der Praxis angenommene Meynung ist, daß dieß allerdings geschehen müsse. (* 1)

(1) *Leyser* am a. O. Hingegen *Wernher* Part. 2. Obs. 355. p. 357. und Obs. 356. p. 462. läßt nur die exceptionem doli zu.

§. 857. Von der condictione ex chirographo.

Die condictionem ex chirographo stelle ich an, wann ich eine Handschrift besitze, die das gesetzliche Alter hat, gegen den Aussteller, und zwar dahin, daß er die darinn enthaltene Summe an mich bezahlen soll. Was das gesetzliche Alter sey, ist erklärt worden. Bey dem Darlehn sind es zwey Jahre; bey der Brautgabe sind die drey angegebene Fälle zu unterscheiden; im ersten ist das gesetzliche Alter die Zeit des Ehestandes, und noch ein Jahr weiter; im zweyten die Zeit des Ehestandes, und noch drey Monate darüber; im dritten die zehenjährige Dauer der Ehe.

§. 858. Praxis des bisher vorgetragenen.

Ich habe bisher die Lehre vom Litteralcontract vorgetragen, wie ich glaube, daß sie den Gesetzen gemäß sey. Allein nicht alle Juristen sind dieser Meynung. Dann 1) behaupten einige, (* 1) man könne einer über ein Darlehn

lehn ausgestellten Handschrift zwar die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen, aber man müsse sie allezeit beweisen; die Gesetze L. 3. & 10. C. de non num. pec. welche man für die gemeine Meynung anführt, redeten von instrumentis indiscretis, das heist solchen die keine causam debendi haben, worin jemand gesteht, daß er etwas schuldig sey, aber nicht aus welchem Grunde. Diese Meynung ist aber offenbar irrig. Dann a) die exceptio deficientis causae debendi ist eine *perpetua*, das heist, sie ist in keinen gewissen Zeitraum eingeschränkt; die exceptio n. n. p. aber dauert nur eine gewisse Zeit; (§. 1199.) b) die oben angeführte Gesetze sagen kein Wort vom Mangel der causae debendi, und c) die Gesetze, welche Zoll für seine Meynung anführt, beweisen gar nichts. (*2)

2) Verschiedene Juristen (*3) behaupten, daß nicht blos bey dem Darlehn und der Brautgabe, sondern in allen Contracten, wo Jemand durch den Empfang der Sache zur Restitution verpflichtet wird, z. E. im commodato, pignore u. s. w. einem Empfangschein, der noch keine zwey Jahr alt ist, die exeptio non numeratae pecuniae entgegen gesetzt werden könne. Allein die Gesetze reden blos vom Darlehn und der dotis datione. Ihre Verordnung ist auch so beschaffen, daß man sie ohne Widerspruch der gesunden Vernunft nicht ausdehnen kann. (*4)

3) Bachov (*5) behauptet, wenn gleich der Aussteller einer Handschrift nach Verlauf der gesetzlichen Frist schlechterdings bezahlen müsse, so entstehe doch die Verbindlichkeit nicht aus der Handschrift, sondern aus einem **vermutheten Darlehn.** Es gebe also keinen Litteralcontract, und Justinian habe einen Schnitzer gemacht, wenn er dergleichen behaupte. Diesen Tadel halte ich für ganz grundlos; übrigens kommt es am Ende auf Eins heraus, ob man die Verbindlichkeit des Ausstellers aus der Handschrift einem oder mutuo praesumto herleitet.

4) Viele Rechtsgelehrte (*6) glauben, daß man einer Handschrift auch nach dem Ablauf der gesetzlichen Frist die exceptionem non numeratae pecuniae entgegen setzen könne; wann man sie nur beweisen wolle. Ob nun gleich diese Meynung den römischen Gesetzen insonderheit der L. 8. L. 10. L. 14. §. 2. C. de n. n. p. und §. un. l. h. t. nicht gemäß ist: (*7) so ist sie doch in den meisten Gerichten angenommen. Wodiß geschehen ist, da hat 1) die exceptio non numeratae pecuniae zwey verschiedene Gattungen; sie ist entweder privilegiata, oder non privilegiata. Wann die Handschrift das gesetzliche Alter noch nicht hat, und ich ihr die exceptionem non numeratae pecuniae dergestalt opponire, daß der Kläger die Auszahlung beweisen muß: so heist sie privilegiata. Wann aber der Schuldschein das gesetzliche Alter erreicht hat, und ich ihm die exceptionem non numeratae pecuniae zwar entgegen setze, aber zum Beweis derselben verbunden bin: so heist sie minus privilegia-

ta. 1) Fällt der Litteralcontract ganz weg. (*6) Dann die Handschrift wirkt nun, sie mag so alt seyn als sie will, keine Verbindlichkeit. Wo aber auch diese Meynung nicht recipirt ist, da muß man doch nach den Grundsätzen des Canonischen Rechts die exceptionem doli zulassen: das heist, wann einer aus einer Handschrift klagt, welcher weiß, daß er nichts darauf bezahlt hat, also in mala fide ist, so kann man ihm die exceptionem doli entgegensetzen, obgleich die Handschrift das gesetzliche Alter hat. (*8)

(1) Z. E. *Zoll.* diss. de except. non num. pec. th. 5. *Boehmer.* introd. in ius dig. tit. de reb. cred. §. 22.

(2) Wie *Slüter* diss. de exc. non num. pec. §. 12. sqq. zeigt.

(3) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. de reb. cred. §. 63. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. Qu. 23. Meurers juriſt. Abhandl. S. 41. u. f.

(4) *D. Gothofred.* ad L. 6. C. de n. n. p. *Huber* ad Inst. h. t n. 1. *Zanger* de except. P. 3. Cap. 14. n. 35. sqq. *Carpzov* P. 1. C. 33. D. 68. Struben rechtl. Bed. 3. Th. S. 93. *Madihn* diss. cit. §. 8.

(6) *Schilter* ex *Babhov* in prot. p. 571. sqq. 22. th. 31. *Voet* ad Pand. tit. de reb. cred. n. 32. *Titii* Diss. de putativo contractu litterali, in collect. Diss. n. 3. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 64. Meurers juriſt. Abhandl. S. 60. u. f.

(7) *Donell.* comment. Lib. 14. Cap. 38. *Hunn.* resolut. Lib. 3. Part. 6. Qu. 2. p. 794. *Fachin.* controvers. Lib. 2. Cap. 81. *Vinn.* in commentar. h. t. n. 7. seqq. et in quaest. sel. Lib. 1. Cap. 41. *Nebelkrae* decis. 22. *Cocceji* l. c. Qu. 29. *Wernher* Part. 1. Obs. 6. *Madihn* diss. cit. §. 11.

(8) *Madihn* l. c. §. 75.

(9) *Wernher* l. c. n. 6. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 1. Obs. 42. *Oeltze* l. c. §. 32.

TIT. XXIII.

De obligationibus ex consensu.

§. 859. Woher die Consensualcontracte ihren Namen haben?

Wir gehen zu den Consensualcontracten. Sie haben ihren Namen nicht daher, weil sie den Consens der Contrahenten erfordern; dann alle Verträge erfordern denselben, und müßten also sämmtlich Consensualcontracte heissen. Sondern die Benennung gründet sich darauf, daß diese Con-

tracte

tracte nichts als Consens nöthig haben. So ist es bey andern Contracten nicht; ein Realcontract ist nicht ehe vorhanden, als bis einer der Interessenten ihn erfüllt; ein Verbalcontract nicht eher, als bis die Formel ausgesprochen ist; ein Litteralcontract alsdann erst, wann die Scriptur aufgesetzt ist. Das alles aber ist bey einem Consensualcontracte nicht erforderlich.

Indessen bemerke man, obgleich die Consensualcontracte nichts als die Einwilligung erfordern, so sind doch die pacta de ineundo contractu consensuali von den Consensualcontracten selbst unterschieden, z. E. das pactum de vendendo ist von dem Kauf verschieden. Dann 1) enthalten die Consensualcontracte selbst eine obligationem dandi oder faciendi, die pacta de ineundo contractu consuali hingegen allezeit eine obligationem faciendi; ich verspreche zu contrahiren, also etwas zu thun. 2) Kann das pactum de ineundo contractu consensuali unter andern Personen geschlossen werden, als der Contract selbst; z. E. ich kann einem versprechen, daß ihm mein Erbe etwas verkaufen solle. 3) Wenn zwey ein pactum de contrahendo schliessen, so wollen sie noch nicht als wirkliche Contrahenten angesehen seyn; ihre Absicht ist, es erst in Zukunft zu werden. Daher entsteht 5) auch aus dem Vertrag eine andere Klage, als aus dem Contract. Z. E. aus dem Kauf entsteht actio emti auf die Tradition der Waare, und venditi auf die Bezahlung des Kaufschillings; aus dem pacto de vendendo hingegen nur eine Klage, daß der andere den Kauf schließe. Nur mußte 6) bey den Römern der Vertrag, wenn er eine Klage wirken sollte, durch eine Stipulation eingegangen seyn, die Consensualcontracte erforderten dergleichen nicht. 7) Bey den Consensualcontracten ist eine reciproke Verbindlichkeit, bey den vorausgehenden Verträgen nur eine einseitige. Z. E. wenn ein Kauf geschlossen ist, so ist der Verkäufer schuldig, die Waare zu geben, und der Käufer, den Kaufschilling zu zahlen; hingegen durch das pactum de vendendo mache ich mich verbindlich, die Sache dem andern zu verkaufen, er aber wird nicht verbunden, sie zu kaufen. (*1)

(1) *Mudaeus* de contrah. emt. vend. cap. 2. pag. m. 5. sqq. hat diese Sache am besten ausgeführt. S. auch *Berlich* Part. 1. D. 142. Hingegen kann ich dem was *Bachov* ad *Treutler* Vol. 1. Disp. 28. th. 7. lit. A. *Stryk* ad *Lauterb.* tit. de contrah. emt. vend. verb. differat, und *Ludovici* in us. dist. iurid. eod. tit. dist. 7. darüber sagen, nicht beypflichten.

§. 860. Von der Natur dieser Contracte.

Alle diese Contracte sind also 1) bonae fidei negotia. Denn sie werden ohne Formel geschlossen; man sieht daher bey ihnen auf die Billigkeit;

bleibt nicht streng an den Worten hängen. Umgewendet aber kann man nicht sagen, daß alle negotia bonae fidei Consensualcontracte seyen. Denn die Realcontracte sind auch negotia bonae fidei. 2) Sie können unter Abwesenden durch Briefe oder Boten geschlossen werden, welches bey der Stipulation nicht angieng. §. 833.) Auch durch einen Wink und stillschweigends kann man sie eingehen. Wann jemand an einen Beckerladen geht, ein Brod nimmt und dem Becker das Geld reicht; oder wann Jemand in ein Transportschiff steigt: so ist im ersten Fall ein Kauf, im zweiten ein Miethcontract stillschweigends geschlossen.

§. 861. Fünf Gattungen derselben.

Das ältere römische Recht hatte vier Gattungen von Consensualcontracten: 1) den Kauf und Verkauf, (*emtio venditio*;) 2) den Miethcontract, (*locatio conductio*;) 3) den Mascopey- oder Gesellschaftscontract, (*societas*;) 4) die Bevollmächtigung, (*mandatum.*) Kayser Zeno setzte noch den fünften, die *emphyteusin* zu.

TIT. XXIV.

De emtione & venditione.

§. 862. Was ist der Kauf?

Der Kauf ist ein Consensualcontract, wo ich Jemanden eine Sache für einen gewissen Preis zu übergeben verspreche. Man hat gegen diese Definition eingewendet, sie passe auch auf den Miethcontract, aber ohne Grund. Dann in diesem wird die vermiethete Sache nicht übergeben, tradirt, in dem Sinne nemlich, wie die Rechtsgelehrten dieses Wort nehmen. (§. 334.) Der Kauf ist entweder ein öffentlicher oder Privatkauf. Ein öffentlicher ist vorhanden, wann die Sache öffentlich ausgeboten, und dem Meistbietenden überlassen wird; ein Privatkauf, wann dieß nicht geschieht. Werden unbewegliche Sachen öffentlich verkauft: so heist es Subhastation; wann bewegliche Sachen aber auf diese Weise verkauft werden, Auction.

§. 863. Wesentliche Eigenschaften des Kaufcontractes.

Der wesentlichen Stücke dieses Contractes sind drey. 1) Einwilligung; 2) eine Sache, welche tradirt werden soll, und welche Waare *merx* heist; 3) eine bestimmte Summe Geldes, oder *pretium*.

§. 864. Wann ist der Kaufcontract zur Vollkommenheit gelangt?

Der Kauf erfordert die Einwilligung der Contrahenten. Sobald als sie über Waare und Preis einig sind, ist der Kauf geschlossen; wofern sie nicht ausmachen, daß der Kauf *in scriptis* geschlossen werden soll. Nemlich ein Contract wird in scriptis geschlossen, wann die Paciscenten ausmachen, daß er nicht ehe von Verbindlichkeit seyn soll, als bis er schriftlich aufgesetzt, und von beyden Theilen unterschrieben ist. Man denke übrigens nicht, daß durch diese Clausel der Kauf in einen Litteralcontract verwandelt werde; daß und warum dieses nicht geschehe, habe ich schon oben §. 850. angemerkt.

§. 865. Der Kauf erfordert Einwilligung.

Da der Kaufcontract eine freye Einwilligung der Contrahenten erfordert: so kann 2) niemand zu kaufen oder verkaufen gezwungen werden, wann es nicht die höchste Billigkeit oder das Staatsbeste erfordert. So zwingt man z. E. einen zum Verkauf des Getraides, der zur Zeit der Theurung einen grossen Vorrath hat, und noch immer auf größere Theurung wartet; wer in einer Stadt einen leeren Plaz besitzt, kann gezwungen werden, ihn an Baulustige zu verkaufen; wann eine Chaussee angelegt werden soll: so müssen die Unterthanen ihre Feldgüter verkaufen, über welche die Chaussee läuft. Wann einer Stadt eine Bloquade bevorsteht: so kann man die Einwohner nöthigen, sich Victualien anzuschaffen. Veranstaltet der Landesherr ein gemeinnüziges Werk z. E. eine Sammlung der Landesgesetze: so kann jede Gemeinde angehalten werden, ein Exemplar zu kaufen. 3) Betrug und Irrthum machen in soweit den Kauf ungültig, als sie jedem Vertrag die verbindliche Kraft benehmen. 4) Weil der Kauf eine ganz freye Einwilligung erfordert, so konnten nach römischem Recht die Gouverneurs der Provinzen (magistratus provinciales) nichts kaufen, als nöthige Victualien und Kleidungsstücke, weil man glaubte, die Unterthanen hätten, wann der Gouverneur mit ihnen handeln wollte, keinen freyen Consens. Heutiges Tages fällt diese Verordnung weg.

§. 866. Welche Dinge ein Gegenstand des Kaufs seyn können.

Der Kauf erfordert **Waare**, *mercem*. Dieß Wort bedeutet bey den Rechtsgelehrten jede Sache, welche gekauft und verkauft wird; nicht nur eine bewegliche sondern auch unbewegliche. Alle Sachen können also ein Gegenstand des Kaufcontracts werden, die in commercio sind. Auch Hofnung kann man einem verkaufen; das heist man kann einem etwas auf den Fall verkaufen, wann ein gewisser zufälliger Umstand zur Wirklichkeit kommen wird, (si conditio casualis existat.) Z. E. wann ich in eine Glücksbude greife: so wird mir eine Waare unter dem Beding verkauft, wofern ich die Nummer, womit sie bezeichnet ist, herausziehen werde. Hieher gehört *iactus retis*, wann ich dem Fischer abkaufe, was er bey dem nächsten Zug fangen wird.

Nicht nur jetzt schon existirende, sondern auch künftige Sachen können verkauft werden; z. E. ich kann einem die Früchte abkaufen, welche auf seinem Acker im künftigen Jahre wachsen werden. Sowohl körperliche als unkörliche Sachen sind ein Gegenstand des Kaufs. Exempel vom Kauf einer unkörperlichen Sache sind der Kauf einer Erbschaft, (iuris hereditarii) und eines persönlichen Anspruches, (actionis.) Wann mir z. E. A. 1000. Thlr. schuldig ist; so kann ich diese Forderung an den B. verkaufen. Aber auch andere Rechte, Servituten, Zehendrecht, Jagdgerechtigkeit u. d. gl. können gekauft und verkauft werden.

Endlich sind auch fremde Sachen ein Object des Kaufcontractes. Wann ich nemlich einem eine Sache verkaufe, die mir nicht gehört: so ist entweder die Frage: was die Wirkung des Contractes in Ansehung unsrer der Contrahenten ist; oder was in Rücksicht auf den wahren Eigenthümer Rechtens sey. Im letzten Fall ist die Antwort: dieser kann seine Sachen vindiciren, nur muß er sich melden, ehe der Käufer die Sache usucapirt hat. Im ersten Fall aber ist die Antwort: der Kauf gilt; doch muß man in Ansehung der Wirkungen drey Fälle distinguiren: a) Wann beyde Theile wissen, daß die Sache einem dritten gehört, und glauben der Eigenthümer werde einwilligen. Dann sind sie in mala fide: so sind sie als Diebe anzusehen, und von diesem Fall redet der folgende §. Nummer 7. b) Wann keiner von beyden Theilen weiß, daß die Sache einem dritten gehört; c) wann nur Einer es weiß. Im Fall a) wenn beyde Contrahenten wissen, daß die Sache einem dritten gehört, kann weder der Verkäufer den Kaufschilling, noch der Käufer die Evictionsleistung fordern; das heist, wann der Eigenthümer die Sache vindicirt: so kann der Käufer keine Schadenserseţung fordern. In dem Falle b) wenn es keiner weiß, ist der Käufer befugt, die Evictionsleistung, und der Verkäufer den Kaufschilling zu fordern. Endlich im Falle c) wenn es nur Einer wußte,

distinguire man: wann der Käufer allein gewußt hat, dvß die Sache res aliena sey: so kann er nicht verlangen, daß ihm die Eviction geleistet werde; aber den Kaufschilling muß er bezahlen. Wenn aber der Verkäufer allein wußte, daß er eine fremde Sache verkaufte: so kann er keinen Kaufschilling fordern; allein die Eviction muß er leisten. (* 1)

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. h. t 22. *Cocceii* iur. controv. h. t. quaest. c. 17.

§. 867. Welche Dinge hingegen nicht?

Kein Gegenstand des Kaufes sind 1) *res extinctae*; das heist, wann die Contrahenten glaubten und voraussetzten, die Sache sey noch vorhanden, sey noch am Leben; (im Fall es eine lebende Sache ist,) und nachher zeigt sich das Gegentheil: so gilt der Kauf nicht. Z. E. wann ich einem mein Haus in Paris, mein Reitpferd, das jetzt in London ist, verkaufe, und nachher die Nachricht kommt, daß zur Zeit des geschlossenen Kaufs das Haus schon abgebrannt das Pferd crepirt war: so ist der Kauf ungültig.

2) Freye Menschen. Sclaven können verkauft werden, aber keine freye Leute. Wann ich also wissentlich einen freyen Menschen kaufe: so ist der Kauf nichtig.

3) Res divini iuris, das heist sacrae und religiosae. Daß heutiges Tages dergleichen Sachen verkauft werden können, habe ich schon oben bemerkt. (§. 271.)

4) Sachen, die dem ganzen Staate gehören, können nur vom Staate, aber nicht von einem Unterthan verkauft werden.

5) Waaren, deren Verkauf durch Specialgesetze verboten ist, Contrebandewaaren, confiscirte Bücher u. d. g. In Frankreich, in England, im Brandenburgischen sind viele ausländische Waaren contreband; der Verkauf einer solchen Sache ist daher ungültig.

6) Wann ich einem eine gestohlne Sache verkaufe, das heist eine Sache, die schon vorher gestohlen war, oder die ich einem mala fide verkaufe, und dadurch gleichsam jetzt stehle: so fragt man entweder, was in Ansehung der Contrahenten, oder was in Ansehung des Eigenthümers Rechtens ist? Ist die Frage vom Eigenthümer: so gilt eben das, was bey den bona fide geschehenem Verkauf einer fremden Sache gilt; (voriger §.) der Eigenthümer kann seine Sache vindiciren. Ist aber die Frage von den Contrahenten: so unterscheide man wieder drey Fälle: a) beyde Contrahenten wissen, daß die Sache gestohlen ist, b) keiner weiß es, c) einer allein weiß es. Im ersten Fall ist der Kauf ungültig; im zweyten gilt er; im dritten ist er alsdann gültig, wann der Verkäufer allein wußte, daß die Sache gestohlen sey, hingegen ungültig, wann dieses allein

dem Käufer bekannt war. Die Ursache, warum die Gesetze hier einen Unterschied zwischen Käufer und Verkäufer statuiren, ist diese: wann der Käufer weiß, daß die Sache gestohlen ist: so kann er nicht anderst als auf eine unerlaubte Weise (turpiter) sie annehmen, und den Verkäufer zur Tradition anhalten. Hingegen wann der Verkäufer allein die Beschaffenheit der Sache weiß: so ist es billig, daß er den Käufer entschädige, also entweder sich mit dem wahren Eigenthümer abfinde, oder den Käufer entschädige. (*1)

7) **Sachen die im Proceß liegen,** (res litigiosae). Während des Processes soll alles in seinem Stand bleiben, der Kläger soll seine Forderung und der Beklagte die in Anspruch genommene Sache nicht alieniren. Z. E. wann ich einen auf 1000. Thlr. verklagt habe: so darf ich während des Rechtsstreites diese Forderung keinem andern abtreten; wann mich einer wegen eines Hauses belangt, und behauptet daß es sein gehöre: so darf ich, so lang der Proceß dauert, das Haus nicht veräussern. Die Alienation einer solchen im Proceß befangenen Sache ist nach dem römischen Recht null und nichtig. Aber ob diese Verordnung bey uns gelte, ist zweifelhaft. **Leyser** und **Cramer** am a. O. auch **Struv** (*2) und **Berger** (*3) behaupten, daß sie nicht völlig gelte, sondern daß die Alienation einer litigiosen Sache an sich gültig sey, jedoch den Rechten der andern Parthey unbeschader. Wann also der Beklagte die Sache alienirt, und der Proceß zu Ende ist: so wird die Sentenz gegen den neuen Besitzer der Sache exequirt, ohne daß er neue Exceptionen machen könnte, und ein neuer Proceß mit ihm nöthig wäre.

(1) *Franzk.* l. c. n. 145. *sqq.*

(2) *Struv.* ex 46. th. 51.

(3) *Berger* oec. iur. p. 647. (ed. vet.) n. 22.

§. 868. Vom Kaufschilling.

Das dritte Erforderniß des Kaufes ist der **Kaufschilling.** Dieser muß in einer bestimmten Summe Geldes bestehen. Wann also Sache für Sache gegeben wird: so ist es kein Kauf, sondern **Tausch.** Auch alsdann, wann die Summe Geldes nicht bestimmt ist, wann ich z. E. eine Hand voll Geld einen Beutel mit Geld ungezählt für die Sache gebe, (si pecunia in folle datur:) so ist es ein Tausch und kein Kauf. Bey den Römern war übrigens der Unterschied zwischen dem Kauf und Tausch wichtiger, als bey uns. Dann der Tausch war ein contractus innominatus; bey ihm hatte also die Reue statt, (§. 801.) welche bey dem Kauf wegfiel. Heutiges Tags aber findet weder in dem einen noch in dem andern Contract die poenitentia Platz. Es kommt al-

so

so nichts darauf an, ob man einen gewissen Contract für einen Kauf oder Tausch halten will. (*1)

(1) *Io. Frid. Wernher.* progr. de utilitate quaestionis, utra in dubio. emtio venditio an permutatio celebrata intelligatur, in Eiusd. disquisit. iurid. Collect. 2. p. 14. sqq.

§. 869. Der Kauf geschieht entweder auf ein gewisses Maaß, oder in Bausch und Bogen.

Der Kaufschilling kann auf verschiedene Weise festgesetzt werden. Wann ich einem nemlich eine Sache verkaufe, welche in einzelne Quantitäten vertheilt werden kann; welche gezählt, gemessen, oder gewogen wird, wann man darüber contrahirt; z. E. Eyer, Aepfel, Getreide, Wein, Bier, Tuch, ein Acker, eine Wiese u. s. w. so wird entweder auf jede einzelne Quantität ein besonderer Preis gesetzt, oder es wird nur Ein Preis überhaupt bestimmt. Z. E. wann ich einem einen Haufen Getraide abkaufe: so verspreche ich entweder für jedes Malter eine gewisse Summe Geldes, oder ich verspreche für den ganzen Haufen überhaupt etwas. Im ersten Fall heist es *emtio ad mensuram*; im letzten *emtio per aversionem*, auf Bausch und Bogen. (*2)

Bey der letzten Art von Kauf benennt zuweilen der Verkäufer eine gewisse Anzahl von Quantitäten, zuweilen nicht; z. E. wann ich einem einen Haufen Getreide verkaufe: so benenne ich entweder eine gewisse Malterzahl, sage z. E. der Haufe enthalte 30 Malter oder nicht. Im ersten Fall, (wann ich eine gewisse Zahl angebe:) so mache ich mich entweder anheischig diese Zahl zu liefern, ich sage z. E. ich stünde dafür, daß es wenigstens 30. Malter seyen; oder nicht, z. E. ich sage der Haufe enthalte ungefähr 30. Malter, doch könnte ich nicht dafür haften. Wann ich mich zu einer gewissen Zahl verbindlich mache, (oder wie die Juristen sagen, eine Zahl *restrictive* angebe;) so muß ich diese Zahl liefern. Ist sie nicht vorhanden: so geht vom Kaufschilling verhältnißmäßig so viel ab, als der Abgang an der Waare beträgt. Ist aber mehr vorhanden: so ist diß ein Vortheil für den Käufer; er bezahlt darum nicht mehr, als er versprochen hat. Habe ich mich hingegen zu keiner gewissen Zahl verpflichtet, (si numerus quantitatum demonstrative indicatur) so liefere ich nicht mehr als vorhanden ist. Der Kaufschilling wird nicht vermehrt wann die Quantität größer ist, als der Verkäufer angab, und nicht vermindert, wann sie geringer ist.

(1) *Guil. Best.* ratio emend. leg. cap. 8. n. 4. 5.

§. 870. Erfordernisse des Kaufschillings.

Der Kaufschilling muß dreyerley Eigenschaften haben; er muß im Ernste festgesetzt, (pretium verum;) dem Werth der Sache gemäß, (iustum)

nnd bestimmt (certum) seyn. Ich sage er muß 1) im Ernste, nicht blos zum Schein (dicis causa) festgesetzt seyn. Zuweilen will ich einem eine Sache schenken, und doch das Ansehen nicht haben. Ich verkaufe sie ihm also; setze aber a) einen Preis, der so gering ist, daß er gar nicht als Preis gelten kann, z. E. ich verkaufe ihm eine Sache, die 100. Rthlr. werth ist, für 5. Rthlr. (dieß heist uno nummo vendere) oder b) ich bestimme einen billigen Preis, gebe aber einen Revers, daß ich ihn nie fordern wolle. Z. E. die Ehefrau will dem Manne ein Landgut schenken; weil aber die Schenkungen unter Ehegatten verboten sind: so verkauft sie es ihm zum Scheine, sie macht sich nemlich verbindlich, den Kaufschilling nie zu verlangen. In diesen beyden Fällen ist kein wahrer Kauf vorhanden. Dadurch wird das Wesen des Kaufs nicht aufgehoben, wann ich einem eine Sache aus Freundschaft unter dem wahren Werth verkaufe, wofern nur der festgesetzte Preis dem wahren Werth einigermassen nahe kommt. Man nennt einen solchen Kauf *venditionem gratiosam*, Freundskauf.

Der Kaufschilling soll 2) pretium iustum seyn. Um aber zu beurtheilen, ob er diß sey, muß man einen Unterschied machen, entweder ist er von den Gesetzen bestimmt (pretium legale;) oder blos durch die Uebereinkunft der Partheyen, (pretium conventionale.) Die Gesetze bestimmen zuweilen den Preis einer Sache, und diß entweder zum Vortheil der Käufer, oder der Verkäufer. Zum Vortheil der Käufer z. E. zwecken die Brod- und Fleischtaxen ab, welche die Policeycollegia machen. Von einem zum Besten der Verkäufer bestimmten Preis weiß ich nur Ein Exempel. Nemlich in dem angeführten Reichsabschiede wird verordnet, daß einer, welcher einen jährlichen Gült von einem Grundstücke kauft (das heist, sich gegen Erlegung eines gewissen Stück Gelds das Recht erwirbt, von einem Acker, Garten, Wiese, eine jährliche Abgabe zu fordern,) nicht mehr als 5. Procent nehmen, das heist für 5. fl. Gült, wenigstens 100. fl. Capital bezahlen soll. In dem Fall, wann die Gesetze den Preis zum Besten des Käufers bestimmen: so ist es jedem Verkäufer erlaubt, weniger, aber nicht mehr zu nehmen, und nimmt er nur Einen Heller mehr: so kann ihn der Käufer zurückfordern. Z. E. der Fleischer darf das Fleisch unter der Taxe verkaufen, aber nicht darüber. Ist hingegen der Preis zum Vortheil des Verkäufers festgesetzt: so darf er mehr nehmen, aber nicht weniger. Erhält er auch nur eine Kleinigkeit weniger: so kann er den Ersatz verlangen. Z. E. es ist erlaubt, für eine jährliche Abgabe von 5. fl. von einem Acker mehr als 100. fl. zu geben, aber wann ich weniger als 100. gebe, so ist der Preis ungerecht, und ich, der Käufer muß das fehlende zulegen.

Wir

Wir gehen zum pretio conventionali über; diß wird lediglich durch die Convention der Paciscenten bestimmt, z. E. wann ich einem mein Haus für 5000. Thlr. verkaufe: so ist der Preis ein conventioneller; dann nicht die Gesetze, sondern die Contrahenten haben ihn bestimmt. Bey diesem Preis kommt nicht jede Verletzung, (laesio;) sondern nur diejenige in Betracht, welche über die Hälfte geht, (ultra dimidium.) Wollte man jede Läsion in Betrachtung ziehen: so würde selten ein Kauf geschlossen werden, über den nicht Proceß entstünde, und wer könnte diese Proceße entscheiden, da der Werth einer Sache sich nicht genau bestimmen läßt. Die Gesetze sagen daher, nur alsdann, wann einer der Contrahenten über die Hälfte verletzt ist, kann er klagen.

Es fragt sich aber: wann ist dann ein Contrahent über die Hälfte verletzt? Bey dem Verkäufer ist die Sache ausgemacht. Er ist über die Hälfte lädirt, wann er für seine Sache nicht die Hälfte des wahren Werthes bekommen hat; z. E. wann er für eine Sache, welche 100. fl. werth ist, keine 50. fl. erhalten hat. Aber bey dem Käufer streiten die Rechtsgelehrte. Einige (*1) glauben, er sey alsdann schon über die Hälfte lädirt, wann er a) den wahren Werth, b) dessen Hälfte und c) noch etwas darüber bezalt hat, z. E.

Der wahre Werth ist	—	—	50 Thlr.
Der Käufer gibt	—	—	50 Thlr.
Die Hälfte	—	—	25 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E.	—	—	2 Thlr.
Also überhaupt gibt er	—	—	77 Thlr.

Andere (*2) behaupten, alsdann erst sey er über die Hälfte verletzt, a) wann er den wahren Werth, b) noch einmal denselben, und c) etwas weiter gegeben hat. Z. E.

Der wahre Werth ist	—	—	50 Thlr.
Der Käufer gibt	—	—	50 Thlr.
Noch einmal	—	—	50 Thlr.
Noch etwas mehr, z. E.	—	—	2 Thlr.
Also überhaupt	—	—	102 Thlr.

Ich halte die letzte Meynung für die wahre. Dann da der Verkäufer erst alsdann über die Hälfte lädirt ist, wann er nicht halb so viel bekommt, als er von seiner Seite gegeben hat: so muß billig dieser Maasstab auch bey dem Käufer gebraucht werden. Der Verkäufer muß nicht härter gehalten werden, als der Käufer. Er verdient noch mehr Gunst, da es viel öfter geschieht, daß Jemand etwas aus Noth verkauft, als kauft.

Der Kaufschilling muß 3) bestimmt seyn. Er kann aber bestimmt werden a) von den Contrahenten selbst; b) von einem dritten. Wann ihn die Contrahenten bestimmen: so geschieht dieß entweder durch beyderseitige Einwilligung; oder die Bestimmung wird Einem von beyden Contrahenten überlassen. Z. E. Ich verkaufe dir mein Pferd und du sollst den Preis selbst bestimmen. Letzteres kann nicht geschehen, der Vertrag ist ungültig. (*3) Wann aber der Kaufschilling durch beyderseitige Einwilligung festgesetzt wird: so bestimmen ihn die Contrahenten entweder sogleich selbst, (per se;) z. E. ich gebe dir für dein Pferd 100. Rthlr. oder sie beziehen sich auf eine andere Quantität, z. E. ich will dir für dein Haus geben, was A. für das seinige bezahlt hat. Beydes geht an. Wird die Bestimmung hingegen einem dritten überlassen: so ist dieser entweder gewiß, oder nicht. Wann er nicht gewiß ist, z. E. ich will dir für dein Haus bezahlen, was ehrliche und sachverständige Männer für billig halten, so entsteht keine wahre und feste Verbindlichkeit aus dem Vertrage. (*4) Dann wann sich nachher die Contrahenten über die Person des dritten nicht vereinigen können: so wird nichts aus dem Handel. Ist aber der dritte gewiß: so will er entweder die Bestimmung des Kaufschillings übernehmen, oder er weigert sich dessen. Weigert er sich: so zerschlägt sich der Handel. Bestimmt er aber das pretium, und einer der Contrahenten ist mit seiner Bestimmung nicht zufrieden: so kann er auf die Obrigkeit provociren, und diese bestimmt nun den Preis. (*5)

(1) Ausser einigen ältern Juristen behaupteten dieß *Titius* ad Lauterb. Obs. 542. pag. 360. *Voet.* ad Pand. tit. de rescind. vend. n. 5. *Ickstadt* de laesione enormi recte computanda in opusc. Tom. 1. pag. 233. seqq. *Daries* Diss. de interpretat. et extensione L. 2. C. de resc. vend. Ffurti ad Viadr. 1775.

(2) Z. E. *Franzkius* L. 3, resolut. 3. n. 14. *Fachin.* controv. lib. 2. Cap. 16. *Merend.* controv. lib. 1. cap. 36. n. 5. *Averan.* lib. 3. interpret. cap. 7. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de resc. vend. § 10. Estors Proceß 3. Theil 54. u. f. f. Seite. *Cramer* Diss. de laesione enormi recte computanda, Opusc. Tom. 3. p. 581. *Hannesen* diss. de immodica laesione, eiusque probatione (Goett. 1747.) §. 21. *Gehler* Diss. de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda Lib. 1777. Florencourt Abhandlungen aus der jurist. und polit. Rechenkunst, S. 243. u. f. *Herm. Io. Lienau* diss. de natura et indole actionis, quae ob laesionem enormem conceditur (Goett. 1782.) §. 5. sqq.

(3) *Franzk* ad P. tit. de contr. emt. n. 252. *Lauterb.* coll. ibid. §. 49. *Cocceii* iur. controv. ibid. quaest. 25. *Walch.* controv. p. 372. Anderer Meynung ist *Struv.* ex 23. th. 18. u. a.

(4) *Lauterb.* coll. h. t. §. 50. *Cocceii* Qu. 25.

(5) Aber hat diese Berufung auf die Obrigkeit nur alsdann statt, wann ein Contrahent behauptet, daß er über die Hälfte verletzt sey? oder ist jede Läsion

sion dazu hinreichend? Jenes glaubt *Cocceii* iur. controv. h. t. Q. 26. dieses aber *Lauterb.* c oll. §. 51. *Franzk* n. 261. u. a. Und dieß halte ich für richtiger. Dann Lauterbach sagt ganz recht: si tertius ad definiendnm pretium eligitur: tacite hoc actum censetur, ut *iustum* pretium constituat. Das pretium aber kann iniustum seyn, obgleich kein Contrahent über die Hälfte verletzt ist.

§. 871. Von der Verbindlichkeit, welche aus dem Kaufcontract entsteht.

Wann ein Kauf geschlossen ist: so ist der Käufer schuldig, den Kaufschilling zu bezahlen, und der Verkäufer ist verbunden, die Sache zu übergeben. Der Verkäufer also will seine Sache unter keiner andern Bedingung weggeben, als wann ihm der Kaufschilling bezahlt wird. Daraus folgt 1) daß der Käufer nicht Eigenthümer wird, ehe er bezahlt, oder den Verkäufer auf andere Weise befriedigt, wann ihm auch gleich die Sache wird übergeben. Indessen setzt diese Regel voraus, daß auf baar Geld gehandelt worden ist. Denn wenn ich einem auf Borg, Credit, verkaufe; (si fidem de pretio habeo) und ihm die Sache übergebe: so wird er Eigenthümer, ob er gleich noch nicht bezahlt hat. 2) Wann der Käufer den Kaufschilling noch nicht bezahlt, auch noch nicht einmal sich zur Bezahlung erboten hat: so kann er nicht auf die Tradition der Sache klagen. 3) Im Gegentheil kann auch der Verkäufer nicht auf die Bezahlung des Kaufschillings klagen, so lange er die Sache nicht tradirt, oder sich nicht zur Tradition bereitwillig erklärt hat. Wann er klagt: so setzt ihm der Käufer exceptionem rei venditae nec traditae entgegen, 4) Beyde Contrahenten profitiren aus diesem Contract, der Käufer bekommt Waare, der Verkäufer Geld. Daher muß auch jeder culpam levem prästiren.

§. 872. Wer trägt die Gefahr bey der verkauften Sache?

Oben (§. 761.) haben wir die Regel gelernt: wann ich einem eine Sache vermöge eines Contractes zu geben schuldig bin, und die Sache durch Zufall umkommt: so trägt der den Zufall, welchem die Sache gegeben werden sollte. Wann ich einem eine Sache verkauft habe: so bin ich verbunden sie ihm zu geben. Geht die Sache also durch Zufall zu Grunde, z. E. die verkaufte Bibliothek verbrennt, das verkaufte Pferd crepirt: so muß der Käufer das Unglück tragen. Ausnahmen dieser Regel sind: 1) wann die verkaufte Sache wegen eines alten Mangels zu Grunde geht. Z. E. Wann das verkaufte Pferd an einem alten Fehler crepirt. Dann in diesem Fall muß der Verkäufer den Zufall tragen. 2) Wann der Kauf noch unvollkommen war, entweder a) in Ansehung des Consenses, oder b) der Waare, oder c) des Kaufschillings. In Ansehung des Consenses ist der Kauf unvollkommen, wann er unter einer

Be-

Bedingung geschlossen ist, und diese noch nicht existirt. Geht jetzt schon die Sache zu Grunde, so hat der Verkäufer den Verlust. Hieher gehört auch der Fall, wann ich eine Sache ad gustum kaufe, das heist mir ausbedinge, daß ich sie zuvor kosten will, und der Kauf nicht ehe gelten soll, bis ich sie gekostet und gut befunden habe. In Rücksicht auf die Waare ist der Kauf unvollkommen, wann Sachen auf Gewicht, Zahl, Maas verkauft werden, und die Zuwiegung, Zuzählung, Zumessung noch nicht geschehen ist. Auch hier trägt der Verkäufer den Verlust. Z. E. Wann ich einem Kaufmann 100. Pfund Zucker abkaufe, ehe mir derselbe aber zugewogen wird, des Kaufmanns ganzer Vorrath durch eine Ueberschwemmung zu Grunde geht: so trage ich den Zufall nicht, sondern der Verkäufer. Endlich kann auch der Kauf in Ansehung des Kaufschillings unvollkommen seyn, und solang dieß ist, geht wieder der Zufall nicht über den Käufer, z. E. wann ein Dritter zur Bestimmung des Kaufschillings ausersehen worden ist, und seine Meynung noch nicht erklärt hat.

§. 873. **Von den Verträgen, welche dem Kaufcontract angehängt werden.**

Dem Kaufcontract werden mancherley Verträge beygefügt. Das erste ist die Vorbehaltung des Eigenthums. Ob es bey den Römern bekannt gewesen sey, ist zweifelhaft; (*1) aber so viel ist gewiß, daß es heutiges Tages häufig vorkommt. Wann nemlich der Käufer den Kaufschilling nicht sogleich baar bezahlt: so pflegt sich der Verkäufer das Eigenthum vorzubehalten. Dieß hat seinen großen Nutzen in dem Falle, wann über des Käufers Vermögen ein Concurs entsteht. Dann jetzt kann der Verkäufer seine Sache vindiciren, und ist nicht gehalten, sich in den Concurs einzulassen. Zuweilen behält sich der Verkäufer statt des Eigenthums nur eine Hypothek vor. Von den Wirkungen dieser Verträge haben Hert (*2) und Wahl a. a. O. gründlich gehandelt. 2) Die Ausbedingung des Wiederkaufs, wann sich nemlich der Verkäufer das Recht vorbehält, die verkaufte Sache gegen Erstattung des Kaufschillings zurück zu fordern. Meistens wird eine Zeit beygefügt, z. E. der Verkäufer behält sich den Wiederkauf ein Jahr, zehen Jahre, dreyßig Jahre lang vor.

Bey diesem Vertrag kommen mancherley streitige Frage vor, die erste wann ich einem eine Sache auf Wiederkauf überlassen habe, und er veräußert sie an einen dritten, kann ich gegen diesen auf die Herausgabe klagen? Anderst nicht, (*3), als wann entweder pactum de retrovendendo *verbis resolutivis*, wie man sagt, geschlossen, das heist wann ausgemacht ist, daß der Kauf sobald ich den Kaufschilling anbiete, als nicht geschlossen, angesehen, und das Eigenthum

thum des Käufers *ex tunc* aufhören soll; (*4) oder b) wann ich dem Vertrag die Clausel beyfüge: der Käufer solle die Sache an keinen dritten veräußern oder verpfänden; widrigenfalls solle die Veräußerung oder Verpfändung null und nichtig seyn, (*5) oder c) welches das rathsamste ist, wann ich, der Verkäufer, mir auf den Fall, daß ich die Sache wieder einlösen wolle, das Eigenthum oder eine Hypothec reservire.

Die zweyte Frage: wie lang dauert das Recht wieder zu kaufen? Hier sind drey Fälle zu unterscheiden: 1) in dem Vertrag ist ein gewisser terminus a quo bestimmt, aber kein terminus ad quem. Z.E. es heißt: Käufer behalten sich das Recht vor, nachzehen Jahren die Sache wieder einzulösen. 2) Es ist ein terminus ad quem bestimmt; z. E. Käufer bedingt sich die Erlaubniß aus, die Sache binnen zehen Jahren wieder einlösen zu dürfen. 3) Es ist gar keine Zeit beygefügt, z.E. Käufer bedingt sich das Wiederkaufsrecht. Der zweyte Fall ist keinem Streit ausgesetzt. Im dritten aber sind die Juristen verschiedener Meynung. a) Einige behaupten, der Käufer müsse binnen dreysig Jahren einlösen, und dieses selbst alsdann, wann es im Vertrag heisse, der Käufer bedinge sich das Wiederkaufsrecht zu ewigen Zeiten, oder auf immer, oder über kurz und lang. (*6) b) Andere (*7) glauben, das Recht wieder zu kaufen sey in diesem Fall eine aetas meræ facultatis und gar keiner Verjährung unterworfen. c) Noch andere (*8) distinguiren. Wann, sagen sie, die Clauseln zu ewigen Zeiten, auf immer über kurz oder lang, und dig beygefügt sind: so ist das ius reluendi an keine Zeit gebunden. Heist es aber schlechtweg, der Verkäufer hält sich das Recht des Wiederkaufes aus: so muß er es binnen 30 Jahren ausüben. Die zweyte dieser Meynungen (unter b) ist nicht nur in der Theorie gegründet, (*9) sondern auch in der Praxis angenommen. (*10) Im ersten Fall endlich behaupten die Juristen meistens, (*11) daß der Verkäufer nach Ablauf der gesetzten Zeit binnen dreysig Jahren einlösen könne, und länger nicht. Allein ihre Gründe überzeugen mich nicht, (*12) und ich glaube vielmehr, daß auch hier das Einlösungsrecht unverjährbar sey. (*13)

(1) *Schilter* ex 30. th. 56. & 76. leugnet es. Aber *Wahl* diss. de validit. & effectu reservationis dominii et hypoth. in securitatem residui pretii (Goett. 1753.) §. 21. *sqq* hat Gründe für die bejahende Meynung angeführt.

(2) *Hert* Diss de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita in opusc. Vol. 2. Part. 3. pag. 94.

(3) Dieß halte ich für die richtige Meynung, weil ein blosser Vertrag zwischen dem Käufer und Verkäufer zwar Personalrechte, aber kein Recht gegen einen dritten wirken kann. L. 2. Cod. de pact. inter emt. et vend. *Cocceii* tit. de contr. emt. Qu. 36 *Gail* lib. 2. Obs 16. *Stryk* caut. contr. sect. 2. cap. §. 8. 56. *Menken* gymnas. polem. disp. 7. th. 11. Andere Juristen indessen, welche *Fachinaeus* controvers. lib. 2. cap. 15. anführt, auch *Claproth* iurisprud. hevremat. part. 2. §. 285. p. 663. behaupten das Gegentheil.

(4) Auch darin ſtimmen nicht alle Rechtsgelehrten überein. Dann einige behaupten, daß auch in dieſem Fall die rei vindicatio nicht ſtatt finde. *Cocceii* iur. controv. l. c. *Cramer* N. St. 34. Th. 1. St. 1 Seite. *Toullieu* loc. prox. citando §. 87.

(5) Dieſe Cautel gibt *Stryck* l. c. allein ich zweifle, ob ſie alle Juriſten für hinlänglich halten werden.

(6) *Bachov* ad Treutl. Diſp. 28. th. 10. lit. g. *Perez* ad cod. tit. de pact. inter emt. et vend. n. 10. *Huber* praelect. ad Pand. tit. de reſc. vend. n. 10. Toullieu diſſ. de lit. pign. et reb. mer. facult. §. 83. in collectan. pag. 157.

(7) *Leyſer* Sp. 191. med. 78. *Wernher* ſel. obſ. for. part. 1. Obſ. 313. *Aug. Frid. Schott* diſſ. de praeſcript. iuris reluend. ſub L. retrovendit. alienata. §. 3. ſqq. *Cramer* am a. O. Seite 18.

(8) *Stryck* uſ. mod. tit. de contr. emt. §. 44. ſqq. *Berger* oec. iur. pag. 481. edit. noviſſ. *Io. Frid. Kayſer* diſſ. de praeſcript. pacti de retrovend. §. 14. ſqq.

(9) Dann die Geſetze ſchreiben dem Wiedereinlöſungsrecht nirgends eine gewiſſe Friſt vor, es iſt alſo eine res merae facultatis (§. 395.) Die Gegner ſagen zwar, es ſey ein Recht, das man durch einen Vertrag erworben habe, und dieſe Rechte dauerten nur 30. Jahre. Allein dieſer letzte Satz iſt nicht erwieſen; nur von Perſonalklagen, die aus einem Vertrag entſtehen, iſt er richtig. Ferner iſt, wie Schott bemerkt, die Verjährung eine Strafe der Nachläßigkeit, der Verkäufer aber kann in dem vorliegendem Falle keiner Nachläßigkeit beſchuldigt werden. Die Verjährung einer Klage fängt auch nicht ehe an zu laufen als wann die Klage entſtanden iſt. Nun aber entſteht die Klage auf die Wiedereinlöſung nicht eher, als bis der Verkäufer ſich zum Einlöſen gemeldet, und den Kaufſchilling angeboten hat.

(10) von Cramer am a. Ort §. 12. S. 18. *Kayſer* l. c. §. 14. *Müller* ad *Struv* Ex. 23. th. 42. lit. γ. *Stryck* l. c. §. 44. in fin.

(11) *Schott.* diſſ. cit. §. 5.

12) Hr. Schott ſagt, hier ſey der Verkäufer einer Nachläßigkeit ſchuldig, wann er binnen 30. Jahren nicht einlöſe. Aber wie will man das erweiſen?

(13) Dieſe Meynung gilt auch in der Praxis nach dem, was *Stryck* l. c. §. 49. in fin. ſagt.

§. 874 Fortſetzung des vorigen.

Der dritte Vertrag iſt die Bedeutung des Vorkaufs (pactum protimiſeos) der Verkäufer hält ſich aus, daß wann der Käufer dereinſt die Sache wieder verkaufen wird, jener der (Verkäufer) ein Vorrecht vor jedem andern haben ſolle. Auſſer dieſem iure protimiſeos conventionali gibt es auch noch ein *teſtamentarium* und *legale*, wovon in den Pandecten und im deutſchen Recht gehandelt wird. (*1) Das vierte iſt *pactum conſtituti poſſeſſorii.*

seſſorii. Es wird ausgemacht, daß der Verkäufer die Sache als Miethsmann im Beſitz behalten ſoll.

(1) Die vorzüglichſte Schrift in dieſer Materie iſt **Carl. Fridr. Walch's** Näherrecht, ſyſtematiſch entworfen; zweyte vermehrte Auflage. Jena 1775. 8.

§. 875. Weitere Fortſetzung.

Ein nützlicher Vertrag iſt 5) das *pactum additionis in diem.* Ich der Verkäufer bedinge mir aus, daß wann binnen gewiſſer Zeit ſich ein beſſerer Käufer finden wird, ich befugt ſeyn will, vom erſten Kauf wieder abzugehen, und den beſſeren Käufer anzunehmen. Desgleichen 6) das *pactum commiſſorium* oder *lex commiſſoria.* (*1) Ich verkaufe einem die Sache mit dem Beding, daß er den Kaufſchilling binnen gewiſſer Zeit zahlen, und daß, woferne dieß nicht geſchieht, der Kauf nicht gelten ſolle.

(1) Nicht pactum legis commiſſoriae, wie einige ganz unſchicklich ſagen. S. *Hert* lib. 1. paroem. iur. Germ. 9. §. 1. Opuſc. Vol. 1. Tom. 3. p. 409.

§. 876. Klagen die aus dem Kaufkontracte entſtehen.

Der Kauf iſt ein contractus bilateralis, aequalis, nominatus. (§. 750.) Daher entſtehen zwey Klagen daraus, und zwar zwey actiones *directae*, die auch von dem Contract ihrem Namen haben. Sie heiſen *actio emti* und *actio venditi.* (*1)

(1) Von dieſen Klagen hat vorzüglich gutgeſchrieben *Gabr. Mudaeus* in commentar. ad tit. P. pro ſocio, de contrah. emt. et vendit. item de act. emt. et vend. &c. (Lovan. 1563.) p. 107. ſqq.

§. 877. Von der actione emti.

Die actionem emti ſtellt der ~~Verkäufer~~ Käufer an, wann er von ſeiner Seite dem Contract ein Genüge gethan; das heiſt den Kaufſchilling bezahlt, oder doch offerirt hat; gegen den Verkäufer, oder deſſen Erben; dahin, daß dieſer die verkaufte Sache mit den Früchten, Zuwachs und allem Zubehör übergeben, auch den Schaden erſetzen ſoll, den er culpa levi der Sache zugefügt hat.

§. 878. Regeln bey dieſer Klage.

Der Verkäufer iſt alſo 1) ſchuldig, die Sache zu tradiren, und kann dem Käufer ſtatt der Tradition eine Schadloshaltung nicht aufdringen. Verſchiedene alte und neue Juriſten (*1) haben zwar geglaubt, der Verkäufer ſey nicht ſchlechterdings verbunden, die Sache zu übergeben. Wann er ſtatt deſſen das

intereſſe offerire: ſo müſſe ſich der Käufer damit begnügen. Allein die Geſetze beſtätigen dieſe ſonderbare und unbillige Meynung gar nicht.(*2). 2) Wann der Verkäufer durch ſeine Schuld auſſer Stand kommt, die Sache zu tradiren: ſo kann der Käufer auf das intereſſe klagen. 3) Der Verkäufer iſt ſchuldig, dem Käufer den freyen Beſitz der Sache zu verſchaffen; das heiſt er iſt verbunden, im Fall, daß ein dritter die Sache beſitzt, dieſen herauszuſchaffen. Mit der Sache muß er auch a) die fructus pendentes übergeben; die Früchte nemlich, welche noch nicht geerndtet, noch nicht von dem Grund und Boden, oder von den Bäumen ſeparirt ſind. Wann ich z. E. jemanden einen Garten verkaufe, ſo gehört ihm Gemüſſe und Obſt, was noch jetzt in dem Garten wächſt. Auch b) die Früchte, welche der Verkäufer nach geſchloſſenem Kauf geerndtet hat, muß er dem Käufer herausgeben. (*3) Hingegen c) die Früchte, welche vor geſchloſſenem Contract geerndtet ſind, gehören dem Verkäufer. d) Wann die Sache auſſer den Früchten nach dem Kauf einen andern Zuwachs erhalten hat, z. E. durch die Alluvion: ſo gehört dieſe ebenfalls dem Käufer. Endlich muß auch e) der Verkäufer die Pertinenzſtücke mit der Sache übergeben.

(1) Z. E. *Bulgarus*, *Azo*, *Hugolinus*. *Meier* Coll Argent. tit. de act. emt. th. 8. *Fachin*. controv. L. 2. Cap. 30.

(2 *Franzk* ad Pand. tit de act. emti n. 26. *ſqq*. *Cocceii* iur. controv. eod. tit. quaeſt. 4. *Lüd. Mencken* Diſſ. de venditore ad rei venditae neceſſariam traditionem obligato, in ſelect. Diſſ. iurid. n. 17.

(3) Dieß ſteht deutlich genug in der L. 13. §. 10. D. und L. 13. C. de act. emt. et vend. S. *Mudaeum* l. c. p. 188. *Franzk*. ad Pand tit de act. emt. et vend. n. 182 ſqq. Indeſſen ſind doch einige Juriſten, die man in Gertels Schnupftobacksdoſe S. 181. angeführt findet, anderer Meynung.

§ 879. Was ſind Pertinenzſtücke?

Pertinenzſtücke oder Zubehörungen heiſſen nemlich acceſſoriſche Dinge, (§. 308.) die von der Hauptſache entweder wegen der geſetzlichen Vorſchrift, oder wegen der Beſtimmung des Eigenthümers nicht getrennt werden dürfen. Nemlich es gibt Geſetze, welche verordnen, daß eine Sache von der andern nicht getrennt werden, ein Pertinenzſtück von derſelben ſeyn ſoll. Man hat z. E. Provinzialgeſetze, welche vorſchreiben, daß bey jedem Bauerngut eine gewiſſe Anzahl Aecker und Wieſen ſeyn, und nie davon getrennt werden ſoll. Zuweilen aber beſtimmt der Eigenthümer eine Sache zum Pertinenzſtück der andern. Dieß geſchieht a) wann er eine bewegliche Sache mit einer andern unbeweglichen, und zwar nicht blos zu ſeinem Nutzen, Vergnügen, Be-

Bequemlichkeit, sondern der Sache selbst zum Besten (* 1) fest verbindet z. E. einen Kessel im Hause einmauern läßt; 2) Wann er eine bewegliche Sache zum beständigen Gebrauch der unbeweglichen bestimmt; z. E. wann er Ziegel auf das Dach legen, Fenster, Thüren u. s. w. in das Haus machen läßt. Endlich 3) wann er verordnet, daß diese unbewegliche Sache von einer andern unbeweglichen nie wieder getrennt werden solle, z. E. daß ein Garten, eine Scheune, ein Stall beständig bey dem Hause bleiben solle. (* 2) Kaufe ich nun die Hauptsache: so muß mir der Verkäufer auch die Pertinenzstücke überliefern.

(1) *Leyser* sp. 109. m. 10.

(2) *Hommel* rhapsod. Vol. 2. Obs. 294. *Selchov* elem. iur. Germ. §. 552.

§. 880. Von der actione venditi.

Die actionem venditi stellt der Verkäufer an, wann er die Sache übergeben hat, oder dazu bereit ist, gegen den Käufer oder dessen Erben, a) auf die Bezahlung des Kaufschillings mit den Zinsen des Verzugs; b) auf die Ersetzung des durch culpam latam oder levem vom Käufer dem Verkäufer zugefügten Schadens; c) auf die Erstattung der auf die Sache verwandten nöthigen oder nützlichen Ausgaben, und d) auf die Erfüllung alles dessen, was durch besondere Verträge ausbedungen worden ist; z. E. auf die Zurückgabe der Sache, wenn sie auf Wiederkauf verkauft worden ist. Die Zinsen fangen übrigens an zu laufen, 1) wann auf baar Geld gehandelt ist, sogleich von dem Tage, da die Sache dem Käufer übergeben wird; 2) wann auf Credit gehandelt wird, von der Zeit an, da der Käufer in mora ist, oder Zinsen versprochen hat.

TIT. XXV.

De locatione conductione.

§. 881. Was ist der Miethcontract?

Miethcontract ist ein Consensualcontract, worin ich einem den Gebrauch einer Sache auf gewisse Zeit überlasse, oder operas illiberales zu leisten verspreche, und mir dagegen ein gewisses Miethgeld ausbedinge. Die Personen, welche bey diesem Contract vorkommen, sind der **Verpachter, Vermiether**, *locator*, und der **Miethsmann, Pachter, Beständer**, *conductor*.

Wer nemlich den Gebrauch seiner Sache einem andern verstattet, oder ihm die Dienste leistet, heist locator; wer den Gebrauch einer fremden Sache erhält, oder sich Dienste leisten läßt, ist der conductor.

Die Anmerkung sagt, der conductor bekommt nach der Verschiedenheit des gemietheten Gegenstandes verschiedene Benennungen. Wer Grundstücke pachtet, heist *colonus*; wer ein Haus miethet, *inquilinus*, und wer öffentliche Einkünfte pachtet, *publicanus*.

§. 882. Eintheilungen des Miethcontractes.

Der Miethcontract ist zweyerley. Wann ich einem den Gebrauch einer Sache vermiethe: so heist es *locatio conductio rei*. Verdinge ich aber meine Dienste, so heist es *locatio conductio operarum*. Diese ist wieder von verschiedener Art. Wann ich meine Dienste überhaupt verdinge: so ist es *locatio conductio operarum* im eigentlichen Verstande. Dergleichen ist z. E. der Contract, den ich mit einem Laquaien, mit einer Magd, einer Haushälterin, Köchin u. s. w. schliesse. Uebernehme ich aber die Verfertigung eines gewissen Werkes, z. E. der Zimmermann übernimmt die Aufführung eines Hauses, der Mäurer die Verfertigung eines Gewölbes, u. s. w. so heist es *locatio conductio operis*.

Die operae müssen übrigens illiberales seyn. Operae liberales sind kein Gegenstand des Miethcontractes, und was man dafür bezahlet, heist nicht *merces*, Miethgeld, sondern *honorarium*. (§. 773.*.) Wann ich einem also operas liberales umsonst leiste: so heist der Contract *mandatum*; bekomme ich eine Belohnung dafür: so heist es contractus facio ut des, oder do ut facias. Z. E. die Advocaten sollten in Rom den Clienten umsonst dienen. Zwischen dem Advocat und Clienten war also ein contractus mandati. Wann ich einem gegen Bezahlung eines honorarii in einer Wissenschaft Unterricht gebe: so ist es contractus do ut facias, wofern er nemlich voraus bezahlt, oder facio ut des, wann er mich erst nach geendigtem Unterricht bezahlt.

Wer seine Dienste zu Verfertigung eines gewissen Werkes verdinget, der ist locator und conductor zugleich. Wann man nemlich auf das anzulegende Werk selbst Rücksicht nimmt: so ist der Arbeitsmann *conductor* oder *redemtor*, nemlich *operis*, (er pachtet das Werk) und wer es machen läßt, *locator operis*, dann er verpachtet es. Sieht man aber auf die Arbeit, welche bey dem Werk geschieht: so ist der Arbeitsmann *locator*, nemlich *operarum*, dann er vermiethet seine *operas*; und der andere, zu dessen Nutzen diese Arbeit geschieht, *conductor operarum*, er miethet die Dienste. So sind die Gesetze zu vereinigen, welche die Worte locator und conductor nicht in einerley Verstande nehmen,

men, und welche veranlaßt haben, daß über die richtige Bedeutung dieser Namen so viel geschrieben worden ist. (* 1)

(1) *Hunn.* resolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. p. 836. *Wege* tract. de locat. cond. cap. 3. n. 4. sqq.

§. 883. Die wesentliche Eigenschaften dieses Contractes.

Der Miethcontract ist von dem Kauf darin unterschieden. Bey dem Kauf übergebe ich einem die Sache in der Absicht, daß sie sein eigen werden soll, in dem Miethcontract aber gebe ich sie nur zum Gebrauche. Indessen haben doch diese beyde Contracte viel ähnliches. (* 1) Nemlich so wie in dem Kaufe drey wesentliche Stücke vorkommen, Einwilligung, Waare und Kaufgeld, so hat auch der Miethcontract drey wesentliche Erfordernisse: Einwilligung, Gebrauch einer Sache oder Dienste, und Miethgeld.

(1) So vieles, daß es zuweilen schwer zu sagen ist, ob ein gewisser Contract Kauf- oder Miethcontract sey. *Wege* cap 5. n 45. sqq. *Faber* rational. d. L. 65. de contr. emt. **Struben** rechtl. Bed. 5. Th. 98. Bed.

§. 884. Von welcher Zeit an ist der Miethcontract vollkommen?

Der Miethcontract ist ein contractus consensualis. Daraus folgt: 1) sobald die Contrahenten über den Gebrauch der Sache, oder über die zu leistende Dienste und über das Miethgeld sich vereinigt haben: sobald ist dieser Contract zur Vollkommenheit gelangt. Zuweilen aber wird ausgemacht: der Contract soll nicht eher verbindlich seyn, als bis er zu Papier gebracht, und von den Contrahenten unterschrieben seyn werde. In diesem Falle bleibt es bey dem Vertrage; solang der Contract nicht aufgesetzt und unterschrieben ist, kann jeder Contrahent wieder abgehen.

§. 885. Wer kann miethen und vermiethen?

Jeder kann daher 2) miethen und vermiethen, der einwilligen und über das Seinige disponiren kann. Doch sollen nach römischem Recht a) die *decuriones*, (§. 139.) Soldaten (* 1) und Geistliche keine Landgüter pachten. Dann man glaubte dieß sey unter der Würde der Decurionen; die Soldaten würden dadurch im Dienst, und die Geistliche in der Seelsorge gehindert. Heutiges Tages aber werden diese Gesetze nicht beobachtet. (* 2) b) Die Vormünder sollen während der Vormundschaft keine Sachen, die dem Landesherrn oder Staate gehören, pachten; theils weil sie dadurch in ihren vormundschaftlichen Geschäften gehindert werden würden; theils weil der Fiscus Schaden leiden könnte,

wann

wann der Vormund in schlechte Vermögensumstände käme, und der Pflegbefohlne wegen seiner ältern stillschweigenden Hypothek (§. 718.) dem Fiscus vorgienge. Heutiges Tags wird auch dieses Verbot nicht beobachtet, wann der Vormund den Pupillen und dem Fiskus hinlängliche Sicherheit bestellen kann. (*3) c) Viele Rechtsgelehrte behaupten, daß Handwerksleute, welche bey ihrer Handthierung Geräusch machen, Grobschmidte, Schlosser, Kupferschmidte, u. d. gl. sich nicht in die Nachbarschaft eines Gelehrten einmiethen dürften, wann diese das Geräusch nicht leiden wollten. Diß will man aus der L. un. C. de stud. lib. beweisen. Allein dort steht nichts, als die öffentliche Hörsäle sollten so angelegt werden, daß Lehrer und Schüler nicht von andern Lehrern und Schülern durch Geräusch gestöhrt würden. Man muß also eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus dem Gesetz herleiten zu können. (*4)

(1) *Enenckel* de privileg. mil. lib. 2. priv. 11.

(2) *G. Beyer* themat. ex var. iur select. Exerc. 10. th. 5. *Wege* tr. de loc. cond. C. 3 n. 43. *Boehmer* I. E. P. lib. 3. tit. 18. § 7. sqq. *Christ. Gottl. Hommel* diss. de clerico rerum et operar. conductore, §. 5.

(3) *Brunnemann* ad L. 49. D. h. t. *Wege* cit. loc. n. 48.

(4) *Walch* controvers. p. 393. Weber von der natürl. Verbindlichk. 2 Abth. 206. Seite.

§. 886. Gegenstände des Miethcontracts.

Der Gegenstand des Miethcontractes sind Sachen und Dienste. Die Sachen müssen im Commerz seyn, und nicht durch den Gebrauch verzehrt werden. Ein Faß Wein, ein Malter Korn also kann ich nicht vermiethen. Dann eine vermiethete Sache soll in specie restituirt werden, und das geht bey fungiblen Sachen, wann sie gebraucht sind, nicht an. Die Dienste müssen *operae locari solitae* seyn. Was das heisse, ist streitig. Die verschiedenen Meynungen erzählt Wege; (*1) am richtigsten ist wohl folgende Erklärung. Es gibt facta, die man zuweilen für Geld dem andern zu leisten übernimmt, ohne daß es gewöhnlich ist, den Contract einen Miethcontract zu nennen. Dergleichen sind a) operae liberales; b) auch andere facta, von denen der, welcher das Geld gibt, keinen unmittelbaren Nutzen hat. Z. E. wenn ich einem ein Stück Geld gebe, daß er einen Sclaven manumittiren; daß er eine gewisse Person heirathen soll: so sagt man nicht, der Redegebrauch erlaubt es nicht zu sagen, daß ich ihn dazu gemiethet hätte, den Sclaven zu manumittiren, oder die Person zu heyrathen.

(1) tr. cit. cap. 4. n. 49.

§. 887.

§. 887. Vom Miethgelde.

Das Miethgeld (merces) muß, so wie der Kaufschilling, in einer bestimmten Summe Geldes (pecunia numerata) bestehen. Wann ich einem Dienste leiste, und er mir etwas anders als Geld dafür gibt: so ist es contractus innominatus, facio ut des, oder do ut facias. Leiste ich Dienste, und er thut mir andere dagegen: so ist es contractus innominatus, facio ut facias. Verstatte ich einem den Gebrauch meiner Sache, und bekomme dafür etwas das nicht Geld ist, z. E. ich leihe einem mein Pferd, er gibt mir ein Malter Haber: so ist es ebenfalls contractus innominatus, nemlich do ut des. Nur in dem Fall, wann ich einem eine fruchtbringende Sache vermiethe, mit dem Beding, daß er mir statt des Miethgeldes einen Theil der Früchte geben solle, so kann der Contract locatio conductio seyn. Nemlich entweder ist die Quantität der Früchte völlig bestimmt; er soll mir z. E. 3. Ohm Wein, 10. Malter Weizen geben; oder nur relativisch; z. E. ich bedinge mir die Hälfte, ein Drittel der Früchte aus. Im ersten Fall ist der Contract eine wahre locatio conductio; (* 1) im letzten aber heist er colonia partiaria, und ist ein Mittelding zwischen Miethcontract und Societät. Im deutschen heist ein solcher colonus partiarius ein Halbbauer, Halbmeyer; weil er gewöhnlich die Hälfte der Früchte abgeben muß. (* 2)

(1) *Cocceii* iur. contr. h. t. Quaest. 10.

(2) *Lauterbach* Diss. de colono partiario in collect. diss. Vol. 1. n. 21. *Struck* V. M. h. t. §. 17.

§. 888. Erfordernisse des Miethgelds.

Das Miethgeld muß wie der Kaufschilling im Ernste festgesetzt, billig und bestimmt seyn. Ich sage es muß 1) im Ernste bedungen seyn, (merces debet esse vera.) Wann es nur zum Schein ausbedungen wird, und ich einem den Gebrauch der Sache umsonst gebe: so ist der Contract ein commodatum. Leiste ich die Dienste umsonst: so ist es mandatum. (* 1)

2) Es muß billig seyn, (merces iusta) dem Nutzen, den der Miethsmann von der Sache oder den Diensten zieht, proportionirt. Ist es von den Gesetzen bestimmt: so darf der Miethsmann (conductor) nicht das geringste mehr nehmen. Ausserdem aber kommt nur eine Verletzung über die Hälfte in Betrachtung. Nur alsdann kann der Vermiether (locator) klagen, wann das Miethgeld nicht halb so viel beträgt, als der Nutzen der Sache oder der Dienste; und der Pachter (conductor,) wann der Nutzen der Sache oder Dienste nicht halb so viel ausmacht, als das Miethgeld. Man wendet nem-

lich die L. 2. C. de resc. vend. auch auf den Miethcontract an, weil es eben so unbillig ist, einen im Pachtcontract, als im Kauf zu übersetzen. (*2)

3) Bestimmt; die Bestimmung kann übrigens so wie bey dem Kaufgelde, (§. 870.) von den Contrahenten selbst; sie kann auch von einem dritten geschehen. Ist das Miethgeld nicht bestimmt, z. E. ich miethe eine Sache oder Dienste, und verspreche zu bezahlen, was billig ist: so ist der Contract keine locatio conductio, wofern nicht schon durch Gesetze oder Gewohnheit etwas bestimmt ist. (nisi merces sit legitima.) So ist z. E. der Lohn für Miethpferde, manche Arten von Handwerkslohn, der Lohn eines Taglöhners u. s. w. an jedem Ort durch Gesetze oder Gewohnheiten festgesetzt. Ist gar nichts festgesetzt, ich gebe einem den Gebrauch meiner Sache oder leiste ihm Dienste, nicht in der Absicht, daß er eins oder das andere umsonst haben soll, und komme doch nicht zuvor über einen gewissen Lohn mit ihm überein: so ists ein contractus innominatus. Wir müssen uns also in in der Folge über den Lohn vergleichen; wann wir aber nicht einig werden können, so bestimmt ihn die Obrigkeit.

(1) *Vinn* ad §. 1. I. h. t.

(2) *Merenda* contr. L. 1. Cap. 36. *Wege tr.* cit. Cap. 12. n. 28. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 119. Bed. Anderer Meynung sind *Faber* de error. pragmat. Dec. 8. error. 8. Part. 1. pag. 178. (edit. Lugd. 1605.) *Huber* ad P. tit de resc. vend. n. 3. u. a.

§. 889. Verbindlichkeiten, die aus dem Miethcontracte entstehen.

1) Aus dem Miethcontract ziehen beyde Contrahenten Nutzen. Der Verpachter bekommt Miethgeld, der Pachter den Gebrauch einer Sache oder Dienste. Daher muß jeder dem andern culpam levem prästiren. (*1) Geht also z. E. das Pferd, welches ich gemiethet habe, durch meine Nachlässigkeit zu Grund, und diese ist von der Art, daß sie kein ordentlicher Mensch würde begangen haben: so muß ich den Schaden ersetzen. Ich weiß einen Fall, da Jemand einem Miethpferd, statt es mit einer Halfter anzubinden, einen Strick um den Hals legte, und es damit an die Krippe band. Das Pferd strangulirte sich, und der Miethsmann mußte den Schaden ersetzen; dann er war in culpa levi.

2) Der Pachter bezahlt das Pachtgeld, weil er den Nutzen der Sache genießt. Wann er also a) durch die Schuld des Verpachters diesen Nutzen nicht erhält; z. E. der Verpachter liefert die Sache nicht zur gehörigen Zeit; oder wann b) Unglücksfälle ihm den gehofften Nutzen entziehen, z. E. wann er ein Landgut gepachtet hat, und die Früchte durch Hagelschlag ruinirt, vom Feinde foura-

fouragiret werden: so kann er einen Nachlaß am Pachtgelde verlangen. Viele wichtige und streitige Fragen in dieser Materie werden in den Pandecten beantwortet. (* 2)

3) Der Pachter wird nicht Eigenthümer der gemietheten Sache. Wann daher die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht: so trägt der Pachter das Unglück nicht; sondern es geht über den Verpachter als den Eigenthumsherrn. Indessen wird zuweilen ausbedungen, der Pachter solle den Casus tragen. In diesem Falle bleibt es bey der Abrede. Hieher gehört der contractus focidae. Ich überlasse einem den Gebrauch einer gewissen Anzahl Stück Vieh; diese werden taxirt, und der Pachter macht sich anheischig, an die Stelle der abgehenden andere zu stellen, oder den Werth zu erlegen; z. E. ich verpachte einem mein Landgut, mit den darauf befindlichen Pferden, Rindvieh und Schafen; bedinge mir aber aus, daß er mir dereinst nach geendigtem Pacht, dieselbe Anzahl Vieh zurückliefern; oder statt jedes abgehenden Stückes einen gewissen Preis erlegen soll. Man nennt das Vieh das einem auf diese Art überlassen wird, **eisernes Vieh.**

(1) *Hunn.* resolut. lib. 3. tract. 7. part. 2. quaest. 6. pag. 848. glaubt der Pachter müsse culpam levissimam prästiren, und vom locatore operarum behauptet eben dieses *Cocceii* h. t. q. 30.

(2) Einige vorzügliche hieher gehörige Schriften sind *de Riedesel* tr. de remissione mercedis ob calamitates bellicas Goett. 1760. cnm praefat Io. Steph. Pütteri. *G. L. Boehmer.* diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum, in Elect. Iur. Civ. Tom. 1. n. 9. **Winkler** (Carl Gottfr.) Abhandl. von Kriegsschäden, Leipzig 1762. 8.

§. 890. Fortsetzung.

Durch den Kaufcontract überlasse ich einem eine Sache **auf immer**, in dem Miethcontract aber gebe ich ihm nur den Gebrauch der Sache, oder leiste **Dienste auf eine Zeitlang.** Daraus folgt 1) daß der Miethcontract seine Endschaft erreiche, a) wann die gesetzte Zeit verflossen ist; b) wenn die vermiethete Dienste geleistet sind; c) wann das Recht des Verpachters aufhört. Dieser letzte Satz wird in der Note noch weiter aufgeklärt. Wann ein widerruflicher Eigenthumsherr die Sache verpachtet, und sein Eigenthum aufhört: so nimmt auch ohne Zweifel der Miethcontract ein Ende. Z. E. wann der Ehemann ein Dotalstück vermiethet hat, und die Ehe während der Miethzeit getrennt wird: so muß der conductor die Sache herausgeben. Aber was ist Rechtens, wann der unwiderrufliche Eigenthümer seine Sache verpachtet, und sie während der Pachtzeit veräussert, z. E. verkauft: muß auch hier

der Pachter weichen? Bricht der Kauf die Miethe? Nach dem Naturrecht und der Rechtsanalogie läßt sich dieß nicht behaupten. Dann der Verpachter hatte kein Recht den Pachter während der Miethzeit zu vertreiben, wie kann er ein solches Recht auf einen andern übertragen? Indessen verordnet L. 9. C. de loc. cond. das Gegentheil; nemlich, daß der neue Eigenthümer, z. E. der Käufer den Conductor vor geendigter Pachtzeit austreiben könne. Die Gesetzgeber glaubten, es sey allzubeschwerlich für den Eigenthümer, wann er die vermiethete Sache nicht verkaufen dürfte, und eine gute Gelegenheit sie anzubringen fahren lassen müßte. (*1) Wenigstens ist dieß die richtigere Meynung. Verschiedene Juristen (*2) behaupten zwar das Gegentheil. Allein das angeführte Gesetz ist ganz deutlich, und die Erklärung, welche die Gegenparthey davon gibt, ist äusserst gezwungen. (*3)

2) Der Miethsmann darf ohne gerechte Ursache die gepachtete Sache nicht verlassen, und wann er es thut, so muß er dem ungeachtet das ganze Miethgeld bezahlen. Ich sage, er darf es nicht ohne gerechte Ursache verlassen; ist dergleichen vorhanden, z. E. das gemiethete Haus ist so baufällig, daß es den Einsturz droht; die Kriegsläufte erlauben nicht sicher auf dem gepachteten Landgute zu wohnen: so kann der conductor abziehen. Der Verpachter aber darf auch den Pachter vor geendigter Miethzeit nicht vertreiben, ausgenommen a) wann er in zwey Jahren kein Miethgeld bezahlt, (*4) b) wann er die Sache nicht contractmäßig gebraucht, z. E. das vermiethete Haus verdirbt, in der gepachteten Jagd keine Hegezeit hält; u. d. gl. c) Wann die Sache eine Reparatur nöthig hat, die das Ausziehen des Miethmannes nothwendig erfordert; d) wann der Eigenthümer wegen eines unvermutheten Vorfalls seine Sache selbst nöthig hat. Also der Vorfall muß unvermuthet, und der eigene Gebrauch dem Eigenthümer nothwendig seyn. (*5)

(1) *Titius* ad *Lauterb.* Obs. 197.

(2) *Zoll* Diss. ad L. 9. cit. *Rintel.* 1687. Dessen mit Zaunschliffer über diese Frage gewechselte Schriften und die ganze Geschichte des Streites erzählen die Hallischen Beyträge zur juris. gel. Hist. 2. Band, 525. u. f. f. Seite.

(3) *Cocceii* iur. controv. h. t. Qu. 22. *Wernher* Part. 7. Obs. 3. *Ayrer* progr. de genere actionis adversus conductorem cedere nolentem instituendae, in opusc. Tom. 1. *Walch* controv. p. 399. Struben Rechtl. Bed. 3. Th. 211. Seite.

(4) *Leyser* sp. 220. med. 1. *Pufendorf* Tom. 4 Obs. 182.

(5) *Wege* Cap. 12. n. 25. sqq. *God. Lud. Mencken* Diss de iure expellendi colonum ob supervenientem necessit. in opusc. n. 15. Struben Bed. 2. Th. 133 Seite.

§. 891.

§. 891. Von der Relocation.

Um die Materie gründlich einzusehen, bemerke man folgende Sätze:

Eine Miethe ist entweder die erste, oder eine Relocation, **Wiederpacht,** Relocation heist nemlich eine Fortsetzung des Miethcontractes.

Die erste Miethe kann **ausdrücklich,** sie kann aber auch **stillschweigend** geschlossen werden.

Einige Juristen (*1) behaupten zwar die erste Miethe könne nicht stillschweigend eingegangen werden; aber ohne allen Grund. (*2) Wann ich mich stillschweigends in ein Transportschiff begebe, das seinen Bestimmungsort hat; oder wann ich an einem Orte, wo Miethkutschen auf großen Plätzen halten, in eine steige, und dem Miethkutscher sage, wo er mich hinfahren soll, so ist offenbar eine locatio prima tacita vorhanden.

Die Relocation ist ebenfalls entweder eine **ausdrückliche** oder **stillschweigende.** Wann nemlich der Pachter nach geendigter Miethzeit den Gebrauch der Sache mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Verpachters fortsetzt: so ist die Sache stillschweigends relocirt, und wann ich einem die vermiethete Dienste nach geendigter Zeit zu leisten fortfahre: so sind die Dienste stillschweigends relocirt.

Entsteht aber die Frage, wie lange die stillschweigende Relocation daure: so muß man folgende Fälle unterscheiden: 1) Wann in dem ersten Miethcontract darüber etwas ausgemacht ist: so behält es dabey sein Bewenden; wiewohl in diesem Falle eigentlich keine stillschweigende, sondern eine ausdrückliche Relocation vorhanden ist. 2) Wann Gesetz oder Gewohnheit etwas bestimmen: so ist die Sache auch keinem Zweifel unterworfen. Die Studenten z. E. miethen gewöhnlich ihre Wohnzimmer auf ein halbes Jahr; bleibt also einer nach geendigter Miethzeit im Zimmer wohnen: so ist die Miethe wieder auf ein halbes Jah renoviret. 3) Wann nichts ausgemacht ist, auch nichts durch Gesetz und Gewohnheit bestimmt ist: so dauert die Relocation der Dienste nicht länger, als bis ein Theil dem andern aufkündigt. 4) Ein gleiches ist bey der Relocation eines praedii urbani, Wohnhauses, Wohnzimmers, einer Scheune u. s. w. zu behaupten. Hingegen 5) die Wiederpachtung eines praedii rustici dauert so lang, als erforderlich ist, den vollen Nutzen des Gutes zu geniessen; z. E. von einem Garten kann man in einem Jahre den vollen Nutzen ziehen, von einem ganzen Landgute aber in unsern Gegenden erst binnen drey Jahren. Wann ich also einen Gemüßgarten stillschweigend wiederpachte, so dauert die Miethe Ein Jahr, bey einem ganzen Landgute aber drey Jahre. (*3)

(1) Z. E. *Bachov* ad *Treutler*. vol. 1. Disp. 29. th. 1. lit. C. verb. *vel tacite.*

(2) *Wernher* Part. 1. Obs. 68. *Leyser* sp. 213. med. 1. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 214. Seite. *Walch* p. 390.

(3) Diese Sätze, nemlich der 4. 5. und 6. sind nicht ausgemacht, sondern sehr streitig. Man s. *Cocceii* iur. contr. h. t. Q. 2. & 3. *Wernher* Part. 1. Obs. 16. Part. 7. Obs. 136. Part. 9. Obs. 2. *Leyser* sp. 214. m. 5. *Pufendorf* Tom. 1. Obs. 135. *Walch* contr. p. 396 Struben rechtl. Bed. 1. Th. 92. Seite, und die Schriftsteller, welche von der stillschweigenden Relocation eigene Abhandlungen geschrieben haben, in der Lipenischen Bibl. Art. *relocatio.*

§. 892. Klagen, die aus diesem Contracte entstehen.

Der Miethcontract ist ein *contractus bilateralis aequalis nominatus*; er bringt daher zwey Klagen hervor, welche beyde *directae* sind, und ihren Namen von dem Contract bekommen; die eine heist *actio locati*, die andere *actio conducti.*

§. 893. Von der actione locati.

Der Verpachter stellt sie gegen den Pachter und dessen Erben an, daß er a) das Pachtgeld, und zwar im Säumungsfall mit Zinsen, bezahlen, b) daß er die gepachtete Sache nach geendigter Pachtzeit herausgeben, und c) den Schaden ersetzen soll, den er der Sache, dolo, oder culpa lata oder levi zugefügt hat. Sind dem Pachtcontract noch besondere Verträge angehängt: so kann der Verpachter auch auf deren Erfüllung die Klage richten.

§. 894. Von der actione conducti.

Diese Klage stellt der Pachter gegen den Verpachter an. Er bittet, bey der *locatione rerum* den Verpachter anzuhalten, 1) daß er die Sache mit allem Zubehör einräume oder einhändige, b) daß er den Pachter im Gebrauch der Sache nicht hindere. c) Daß er den verursachten Schaden vergüte, und d) die zur Erhaltung oder zum Nutzen der Sache verwandte Kosten ersetze. In der locatione operarum geht die Bitte des Klägers dahin, daß der Beklagte die vermiethete Dienste leiste, und den durch Unterlassung seiner Schuldigkeit verursachten Schaden ersetze.

TIT. XXVI.

De contractu emphyteuſëos.

§. 895. Uebergang zu dieſer Materie.

Der emphyteutiſche Contract iſt ein Mittelding zwiſchen dem Kauf- und Miethcontract. Die ältere Juriſten diſputirten daher, ob er ein Kauf oder eine Miethe ſey. (* 1) Er ſcheint ein Kauf zu ſeyn, denn der emphyteuta erlangt eine Art von Eigenthumsrecht; aber auf der andern Seite gleicht er auch dem Miethcontract, weil der emphyteuta eine jährliche Abgabe entrichten muß, und der dominus emphyteuſëos Eigenthümer bleibt. K. Zeno verordnete daher die emphyteuſis ſollte weder emtio nochlocatio, ſondern ein beſonderer eigener Contract ſeyn.

(1) *Klinglin* diſſ. ad L. Zenonianam de emphytheuſi, Argentor. 1751.

§. 896. Verſchiedene Bedeutungen des Worts emphyteuſis.

Zuweilen beſitzt Jemand wüſte Ländereyen; er wünſcht, daß ſie urbar gemacht, und gehörig gebauet würden, hat aber nicht Luſt und Gelegenheit dieſes ſelbſt zu thun. Auch findet ſich wegen der Mühe des Anrottens Niemand, der die Ländereyen auf eine Zeitlang pachten, und Pachtgeld dafür bezahlen will. Er giebt ſie daher einem für ſich, ſeinen Erben und Nachkommen zum nutzbaren Eigenthum, mit dem Beding, daß er ſie anbauen, und zum Zeichen ſeines *dominii minus pleni* eine jährliche geringe Abgabe entrichten ſoll. In dieſem Fall iſt eine *emphyteuſis* vorhanden. Dieſes Wort, welches von ἐμφυτευειν, pfropfen oder überhaupt verbeſſern abſtammt, hat dreyerley Bedeutungen. Es bedeutet entweder einen Contract, oder ein Recht oder eine Sache. Nimmt man es für einen Contract: ſo verſteht man darunter den Conſenſualcontract, worin ich einem das nutzbare Eigenthum eines Grundſtückes (* 1) zu überlaſſen verſpreche, mit dem Beding, daß er es verbeſſere, und zur Anerkennung meines Obereigenthums eine jährliche Abgabe entrichte. Verſteht man aber ein Recht darunter: ſo bedeutet es das nutzbare Eigenthum, welches jemand unter dem Beding der Melioration und einer jährlichen Abgabe erhält. Endlich bedeutet emphyteuſis auch oft die Sache, welche in einem unter der eben beſchriebenen Bedingung zu melioriren und zu genieſſen gebe.

Die

Die Veranlassung und Geschichte der emphyteusis bey den Römern ist folgende. Wann sie ein Volk besiegten, so nahmen sie den Besiegten ein Stück ihres Landes ab, und machten es zum agro publico populi romani. Die schon angebaute Stücke gaben sie auf einen beständigen Pacht, und ließen sich eine verhältnißmäßige Abgabe (vectigal) davon entrichten; die wüste Stellen aber gaben sie zur emphyteusi. Die Kayser, die Kirchen, die Städte ahmten diese Anstalt in den folgenden Zeiten nach, sie gaben auch wüste Stücke Land, in emphyteusin. Endlich fingen auch Privatpersonen an, ihre Güter auf diese Weise auszuthun, und man nennte nun dergleichen Güter *bona emphyteutica* auch *vectigalia*. Anfangs hatten die Besitzer nur ein persönliches Recht, nach und nach aber wurde dies in ein dominium utile verwandelt.

Man denke übrigens nicht, daß jede emphyteusis durch einen Contract entstehe. Meistens liegt darin der Ursprung der emphyteusis, aber doch nicht immer. Dann sie kann auch durch einen letzten Willen und durch Verjährung entstehen. Ich kann einem nemlich das nutzbare Eigenthum eines Grundstücks mit dem Beding der Melioration vermachen. Durch die Präscription läßt sich das emphyteutische Recht auf zweyerley Art erwerben. a) Wann ein non dominus mir ein emphyteutisches Recht constituirt, und ich es 10. oder 20. Jahre lang bona fide ausübe; b) Wenn ich das Gut ohne allen, oder doch ohne rechtmäßigen Titel 30. Jahr lang als eine emphyteusin besessen habe. Diejenige, welche die außerordentliche Verjährung der Dienstbarkeiten statuiren, (§. 352.) behaupten, arg. L. 10. pr. si serv. vind. daß man auch auf gleiche Weise eine emphyteusin erwerben könne; wenn man nemlich mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ein wüstes Gut urbar mache, zehen Jahre lang besitze, und den Canon davon bezahle. (*[2])

(1) Ob nur Grundstücke (praedia rustica,) oder auch Gebäude in emphyteusin gegeben werden können, ist streitig. *Walch* controv. p. 402. Heutiges Tages können ohne Zweifel Gebäude z. E. Mühlen ein Gegenstand dieses Contractes seyn.

(2) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigalis Qu. 5.

§. 897. Personen in diesem Contract.

Die bey diesem Contract vorkommende Personen sind der dominus emphytheuseos und der emphyteuta. Wer nemlich von seinem Gut das nutzbare Eigenthum einem andern mit dem Beding gibt, daß er es verbessern, und eine jährliche Abgabe entrichten soll, heist dominus emphyteuseos; wer aber ein Grundstück unter diesen Bedingungen erhält, heist emphyteuta.

§. 898. Natur desselben.

Die emphyteusis ist ein Consensualcontract. Daraus folgt: 1) der Contract ist vollkommen, sobald die Partheien überein gekommen sind; und 2) daß er schriftlich aufgesetzt werde, ist nicht nothwendig; sondern nur nützlich, (probationis causa,) damit wann dereinst über die Rechte und Verbindlichkeiten des domini oder emphyteutae Streit entsteht, man aus dem schriftlichen Contract den Beweis herholen kann. (*1) Nur alsdann, wann eine Kirche ein Gut in emphyteusin gibt, soll nach der Vorschrift der allegirten Gesetze der Contract schriftlich aufgesetzt werden. Indessen gehört die Scriptur doch auch hier nicht zum Wesen der Sache; das heist, auch eine solche emphyteusis ist, wann die schriftliche Aufsetzung unterblieben ist, darum nicht ungültig. (*2) 3) Kein Contract gibt ein ius in re, sondern nur ein ius ad rem; also auch der emphyteutische Contract giebt nur ein persönliches Recht; das ius in re, das dominium utile erhält der emphyteuta alsdann erst, wann ihm das Grundstück übergeben wird.

(1) Die schriftliche Aufsetzung hält für nothwendig *Hunn.* resolut. Lib. 3. tr. 7. Part. 2. pag. 855.

(2) *Cocceii* l. c. Qu. 2.

§. 899. Rechte des emphyteutae.

Der emphyteuta erhält ein nutzbares Eigenthum, dominium utile. Buri (*1) leugnet dieß, und will dem emphyteutae zwar ein ein dingliches Recht, aber kein Eigenthum zugestehen. Ich glaube aber, daß sich die gemeine Meynung gar wohl vertheidigen läßt. (S. oben §. 291.) Im Grunde ist an der Sache wenig gelegen.

Die Rechte des emphyteutae sind: 4) Es gehören ihm alle Nutzungen und Früchte des Grundstücks, auch ein Schatz der darauf gefunden wird. 5) Er hat das Recht Servituten auf das Gut zu legen; (*2) z. E. er kann dem Nachbar die servitutem viae verstatten. Er kann die Gestalt des Gutes ändern, aus der Wiese einen Acker, aus dem Acker einen Garten machen, nur muß diese Veränderung dem Gute nicht zum Schaden gereichen. Er hat ferner 6) das Recht, das Gut sowohl titulo universali als singulari einem andern zu überlassen; titulo universali, das heist, wann einer das ganze Vermögen des emphyteutae bekommt: so erhält er auch das emphyteutische Gut; titulo singulari, der emphyteuta kann das Gut allein, ohne sein übriges Vermögen auf einen andern transferiren. Er kann es verschenken, vertauschen, verkaufen, noch vielmehr also verpfänden. 7) Wer aber alle Vortheile von

einer Sache zieht, muß auch die Laſten tragen, daher muß der emphyteuta alle von der Sache zu entrichtende Abgaben entrichten.

(1) Von Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 844. f.

(2) Anderer Meynung ſind *Wernher* ſel. obſ. for. Part. 1. Obſ. 223. p. 263. n. 12. *ſqq.* v. Buri am a. O. S. 848. Allein da der emphyteuta das Gut veräuſſern kann, ſo iſt ihm auch die Befugniß, es mit Servituten zu beſchweren, nicht zu verſagen. Indeſſen dauern dergleichen Dienſtbarkeiten nicht länger, als das emphyteutiſche Recht. Sobald das Gut auf den Herrn zurückfällt, hören die ohne ſeine Einwilligung beſtellte Servituten auf. *Graſs* de reditu dominii legali, §. 64. n. 32. p. 213. den ich überhaupt in dieſer Materie empfehlen muß.

§. 900. Fortſetzung.

Der emphyteuta kann auch 8) das emphyteutiſche Gut von jedem Beſitzer vindiciren. Wann nemlich ein anderer unrechtmäſſig in den Beſitz des Gutes gelangt iſt, ſo kann der emphyteuta die Reivindication gegen ihn anſtellen. Selbſt gegen den dominum emphyteuſeos ſteht ihm dieſe Klage zu, wann er ſich in den Beſitz des Gutes geſetzt hat, und es dem emphytheutae vorenthält.

§. 901. Rechte des domini emphyteuſeos.

Der dominus emphyteuſeos hat das dominium directum. Vermöge deſſen kann er 1) eine Abgabe fordern, welche *canon*, Erbzins, Eigenzins heiſt. Sie wird nicht als ein Erſatz für die Früchte bezahlt, welche der emphyteuta genießt; ſondern blos in recognitionem dominii directi, zum Zeichen und Beweis, daß der emphyteuta kein dominium plenum, ſondern nur minus plenum habe. Daher iſt auch dieſer canon gewöhnlich den Früchten des Gutes nicht proportioniret, und wird nicht erlaſſen oder vermindert, wann dem emphyteutae die Früchte durch Mißwachs oder feindliche Ueberzüge entgehen. Gewöhnlich muß dieſer Erbzins alle Jahre entrichtet werden; allein es kann auch feſtgeſetzt werden, daß er alle Monat, alle Vierteljahr, alle zwey Jahr gegeben werden ſolle. 2) Der emphyteuta kann zwar die emphyteuſin veräuſſern, aber er muß doch dem domino directo die vorhabende Veräuſſerung anzeigen, damit dieſer unterſuchen könne, ob der neue emphyteuta zu Bau und Beſſerung des Gutes tüchtig ſey. Iſt er dieß, ſo kann der dominus die Veräuſſerung nicht verwehren. (* 1) 3) Wann der emphyteuta das Guth verkauft, ſo hat der dominus directus das Vorkaufsrecht, (ius protimiſeos.) Dieſes Recht aber muß er innerhalb zwey Monaten von Zeit der ihm geſchehenen Anzeige ausüben. 4) Wer das emphyteutiſche Gut titulo ſingulari bekommt, (§. 899.) muß dem domino emphyteuſeos

den

den funfzigsten Theil des Werthes, oder 2. Procent dafür bezahlen, daß ihn derselbe als einen tüchtigen emphyteutam annimmt. Diese Abgabe heist *laudemium*, heut zu Tage **Handlohn.**

(1) *Hert* decis 901. n. 1. *Leyser* sp. 105. med. 2.

§. 902. Wie das emphyteutische Recht aufhört.

Das emphyteutische Recht hört auf 1) durch die **Consolidation**; wann nemlich der dominus emphyteuseos das dominium utile an sich bringt, und mit seinem dominio directo vereinigt; oder wann sich der emphyteuta das dominium directum erwirbt, und also beyde Eigenthumsrechte in seiner Person vereinigt. 2) Durch die **Verjährung**, wann nemlich a) ein Dritter auf das emphyteutische Gut durch die Verjährung ein dominium plenum erwirbt. b) Wann der dominus directus sich ein dominium plenum anmaßt, den emphyteutam als blossen Pachter behandelt, oder das Gut ganz einziehet, und selbst in Besitz nimmt, und der emphyteuta sich dabey 30. Jahre lang beruhigt. c) Wann der dominus den canon fordert; der emphyteuta ihn verweigert; sich ein dominium plenum zuschreibt, und der dominus 30. Jahre lang acquiescirt. 3) Zur Strafe wird der emphyteuta seines Rechtes beraubt, wann er den Canon einer Kirche zweymal nach einander, einem andern domino directo aber dreymal nicht bezahlt. In diese Strafe verfällt er a) ipso iure, das heist nicht erst von der Zeit an, da der Richter den emphyteutam seines Rechtes durch einen Sentenz verlustig erklärt; sondern sogleich, sobald der zweyte oder dritte Termin ohne Zahlung verstrichen ist. (*1) Doch muß der dominus erklären, daß er den emphyteutam verstossen wolle. Stirbt er, ohne dieses erklärt zu haben, so ist der emphyteuta geborgen. (*2) Aber kann der emphyteuta sein Aussenbleiben nicht wieder gut machen, (moram purgare?) Das heist, wann er nach Verstreichung des zweyten oder dritten Termins kommt, und den canon bringt, ehe sich der dominus noch erklärt hat, daß er den emphyteutam vertreiben wolle: muß der dominus den canon annehmen, und den emphyteutam auf dem Gute lassen? Nach dem römischen Recht ist er ist er dazu nicht verbunden. Das canonische Recht aber gibt in dem angeführten Text in geistlichen emphyteusibus dem emphyteuta die Befugniß, sein Aussenbleiben durch die Ueberbringung des canon wieder gut zu machen, und viele Juristen (*3) dehnen diese Verordnung auch auf weltliche emphyteuses aus. Daher ist es eine Cautel für den Herrn der emphyteusis, wann er das Gut einziehen will, daß er sogleich nach Verfliessung der Zahlungstermine auf die Privation klagt. Dann nun kann sich der emphyteuta durch Ueberbringung des Erbzinses von der Strafe nicht mehr be-

freyen. 4) Wann der emphyteuta das Gut ohne Vorwissen des Herrn alienirt, oder 5) in hohem Grade verdirbt. (* 4) Nicht jede geringe Deterioration ist hinreichend, den emphyteuta seines Rechtes zu berauben. 6) Wann das ganze Gut zu Grunde geht, z. E. vom Wasser weggerissen wird. Ich sage das ganze Gut; dann der Untergang eines Theils endigt die emphyteusin nicht.

1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. si ager vectigal. §. 22. *Voet.* ad pand. ibid. num. 36. & 40.

(2) *Cocceii* iur. contr. tit. si ager vectigal. Qu. 8.

(3) *Carpzov.* P. 2. C. 38. def. 11. n. 6. *Struv* Decis. Sabbath. Cap. 10. decis. 13. *Brunnemann* ad L. 2. C. de iur. emphyteut. *Stryk*] diss. de purgatione morae. Cap. 4. n. 47.

(4) Die Nov. 22. cap. 8. redet zwar nur von der Emphyteusis einer Kirche. Aber billig dehnt man sie auch auf andere aus, wenigstens ist diese Ausdehnung in der Praxis angenommen. *Graff.* l. c. §. 45. n. 1. sqq. pag. 137.

§. 903. Klagen, die aus der emphyteusi entstehen.

Wann die Frage ist, welche Klagen aus der emphyteusi entstehen: so muß man das emphyteutische Recht von dem emphyteutischen Contract unterscheiden. (§. 896.) Das emphyteutische Recht ist ein nutzbares Eigenthum, also ein dingliches Recht; es producirt folglich eine Realklage, die Reivindication oder *actionem si ager vectigalis*. Der emphyteuta kann sie gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer des Gutes anstellen. (§. 900. 8.) Aus dem contractu emphyteutico aber entstehen zwey Personalklagen, welche beyde actio emphyteuticaria heissen. Sie entstehen beyde gleich anfangs und wesentlich aus dem Contract, sind also beyde actiones directae. (§. 740.)

§. 903. Fortsetzung.

Die eine actionem emphyteuticariam stellt der emphyteuta gegen den Herrn oder dessen Erben an, daß man ihm das emphyteutische Gut versprochenermaßen in den Besitz und Genuß geben soll. Die andere dieser Klagen wird von dem Herrn gegen den emphyteuta angestellt, und zwar dahin, daß der emphyteuta den rückständigen Canon entrichten; (wann nemlich der Herr es nicht rathsam findet, zwey oder drey Termine abzuwarten, und alsdann auf die Privation zu klagen;) das laudemium bezahlen, das Gut gehörig verbessern, kurz seine contractmäßige Schuldigkeiten erfüllen soll.

Billig muß ich hier noch etwas von den deutschen **Erbzinsgütern** oder den **Erbleihen** anmerken. Diese Art Güter haben mit der römischen emphyteusi große Aehnlichkeit, sind aber doch hauptsächlich in folgenden Puncten davon

von unterschieden. 1) die emphyteusis wird auf alle Erben vererbt, (§. 899.) die deutsche Erbleihe nur auf die, so vom ersten Erwerber abstammen. 2) Der emphyteuta kann das Gut veräussern, der Herr mag es gern sehen oder nicht; (§. 901.) der deutsche Erbleichnam aber kann ohne Einwilligung des Herrn keine Veräusserung vornehmen. 3) Bey der emphyteusi muß das laudemium bezahlt werden, ohne daß es im emphyteutischen Contract ausbedungen ist, der emphyteuta ist dazu ipso iure verbunden. Bey den Erbleihen ist dieß nicht. 4) In der emphyteusi wird das laudemium nur bezahlt, wenn das Gut an einem successorem singularem alienirt wird, bey der Erbleihe müssen es oft auch die Erben bezahlen. 5) Der emphyteuta bezahlt den Canon nicht für den Genuß der Früchte (§. 901.) bey den meisten Erblichen aber ist es anderst ꝛc.

(1) S. *Glasmacher* diss. de potioribus diff. inter emphyteuses rom. et germ. Marb. 1769. *Spengel* diss. de natura et indole emphyteuseos Germ. Goett. 1771.

TIT. XXVII.

De societate.

§. 904. Was ist die Societät und wie vielerley?

Die Societät ist der vierte Consensualcontract. Um sich davon den richtigen Begriff zu machen, muß man zuvor den Begriff der Communion überlegen. Eine **Communion**, Gemeinschaft ist vorhanden, wann mehrern Personen das Mietheigenthum oder der Gebrauch einer Sache zusteht. Was Mietheigenthum (condominium) sey, ist oben (§. 290.) erklärt. Die Gemeinschaft kann nun **durch einen Vertrag**, sie kann **auch auf andere Weise** entstehen. Wann z. E. mehreren eine Sache vermacht wird: so ist eine Gemeinschaft vorhanden, ohne daß die Legatarien einen Vertrag errichtet haben. Eine solche ohne Vertrag entstandene Gemeinschaft heist *communio incidens*. Der Vertrag aber, wodurch eine Gemeinschaft eingeführt wird, heist *societas*.

Die Societät läßt sich aus einem doppelten Gesichtspunct ansehen; man kann nemlich a) auf ihren Zweck, b) auf ihre **Wirkung** sehen. In Rücksicht auf den Zweck ist sie entweder *quaestuaria* sive *negotiatoria*, Maskopey, oder *non quaestuaria*. Bey der ersten haben die Gesellschafter die Absicht, etwas zu gewinnen, zu erwerben. Dergleichen ist z. E. eine Gesellschaft

von Kaufleuten, die in Compagnie handeln; eine Gesellschaft von Fabricanten, die in Gesellschaft ihre Waaren fabriciren. Bey der non quaestuaria liegt eine andere Absicht zum Grunde. Dahin gehört z. E. die Gesellschaft, welche Ehegatten untereinander errichten.

In Rücksicht auf die Wirkungen ist die Gesellschaft ebenfalls zweyerley. Entweder werden die Gegenstände der Societät selbst, dem Eigenthum nach gemeinschaftlich, (societas quoad sortem contrahitur;) oder jeder socius behält das privative Eigenthum seiner Sachen, und nur der Gebrauch der Sachen wird gemeinschaftlich, (societas initur quoad solum usum.) Z. E. wann Kaufleute Capitalien zu einem Compagniehandel, Waaren zusammen bringen, wann Ehegatten eine Gütergemeinschaft errichten: so wird das Eigenthum der Sachen gemeinschaftlich. Man denke sich aber den Fall, daß zwey Leute, deren jeder zwey Pferde hält, diese vier Pferde zusammen spannen, um Waaren zu transportiren. Hier geht die Gesellschaft nur auf den Gebrauch, nicht auf das Eigenthum. Man s. die 60. Tabelle.

§. 907. Die Gewerbegesellschaft ist dreyerley.

Die societas negotiatoria oder quaestuaria geht entweder a) auf alles, was die Mitglieder erwerben, das heist titulo oneroso erlangen, oder b) nur auf eine gewisse Gattung des Erwerbes; z. E. zwey Kaufleute handeln mit einer gewissen Waare in Compagnie, aber jeder führt auch noch mit andern Waaren für sich allein einen Handel, oder c) blos auf einzelnes Geschäft, z. E. Kaufleute, die sonst in gar keiner Gesellschaft stehen, kaufen in Compagnie eine Schiffsladung Caffee. Die erste Art der Societät heist *generalis*, die zweyte *particularis* oder *specialis*, die dritte *singularis*.

§. 908. Die societas non quaestuaria ist von zweyerley Arten.

Die Gesellschaft, welche nicht des Gewerbes wegen eingegangen wird, ist entweder *universalis* oder *particularis*. Universalis heist sie, wann das gesammte Vermögen der sociorum, gegenwärtiges und zukünftiges, gemeinschaftlich ist; particularis, wann nur ein Theil des Vermögens, oder auch nur eine einzelne Sache gemeinschaftlich wird. Z. E. zwey Personen halten zu ihrem Vergnügen ein Reitpferd in Gemeinschaft. Die allgemeine Gütergemeinschaft hat an verschiedenen Orten bey Ehegatten statt; ausserdem ist sie höchst selten, weil sie groſse Beschwerlichkeiten hat, wie wir im 912. §. sehen werden.

§. 909.

§. 909. Bestimmtere Erklärung der Societät.

Die Societät ist also ein Consensualcontract, worin festgesezt wird, daß mehrere Personen ihre Sachen oder Dienste, entweder des Erwerbes oder eines andern Nutzens wegen einander mittheilen, oder leisten wollen.

§. 910. Was gehört zu dessen Vollkommenheit?

Die Societät ist ein Consensualcontract. Zu ihrer Vollständigkeit gehört also nichts als die Einwilligung der Paciscenten. Indessen wird dadurch allein das Vermögen der Gesellschaftsglieder noch nicht gemeinschaftlich; das heist der Vertrag allein macht nicht, daß ein socius Miteigenthümer von den Sachen wird, die dem andern socio gehören, ob sie gleich zur Societät bestimmt sind, und vermöge des Contractes gemeinschaftlich werden sollen. Dann das Miteigenthum ist ein dingliches Recht. Dingliche Rechte aber werden durch Verträge allein nicht übertragen, es gehört Tradition dazu. Also erst von der Zeit an, da ein Gesellschafter die Objecte der Societät dem andern übergiebt, erlangt dieser das condominium derselben. Eine Ausnahme ist bey der allgemeinen Gütergemeinschaft. Hier kommt das gesammte Vermögen der Gesellschaftsglieder in das condominium, sobald der Vertrag geschlossen ist, ohne daß die Interessenten einander das Vermögen übergeben; weil eine solche Tradition allzu weitläuftig und mühsam seyn würde. Z. E. wann Ehegatten eine allgemeine Gütergemeinschaft eingehen: so gehört das Vermögen der Frau dem Manne, und des Mannes Vermögen der Frau, von dem Tage des Vertrages an. Es ist nicht erforderlich, daß die Ehegatten einander jedes Vermögensstück tradiren.

§. 911. Die Societät kann ungleich seyn.

Die Gesellschafter theilen einander Sachen mit, oder leisten einander Dienste; daß einer gerade das, und soviel in die Gesellschaft bringe, als der andere einbringt, ist nicht nöthig. Daraus folgt 1) daß die Societät gültig ist, wann einer mehr, der andere weniger beyträgt, z. E. der eine Kaufmann kann 10000, der andere 5000. beyschiessen. 2) Auch kann eine Societät dergestalt geschlossen werden, daß ein Mitglied Güter hergibt, das andere aber nur Dienste leistet; z. E. der eine Fabricant kauft Baumwolle und Farbematerialien um rothes türkisches Garn zu färben, der andere dirigirt blos die Färberey, und gibt nichts von seinem Vermögen her. Nur müssen die Dienste, welche ein Gesellschafter leistet, erlaubt und honnett seyn. Wann sich nemlich mehrere Personen verbinden, durch unerlaubte Mittel etwas zu erwerben:

so ist die ganze Verbindung unerlaubt, und ungültig, hat daher die Rechte einer Societät nicht.

Wann übrigens Jemand einer Gesellschaft Dienste leistet: so ist er darum nicht allezeit Mitglied der Gesellschaft; gar oft ist er nur Bedienter der Societät; z. E. eine Handelsgesellschaft nimmt Ladendiener, Buchhalter, Factore (institores) an, die keine Theilnehmer an der Societät sind. Will man übrigens beurtheilen, ob Jemand Mitglied der Gesellschaft, oder ihr bloser Bedienter sey: so muß man zusehen, ob er am Profit und Verlust participirt, oder ob er seinen gewissen Gehalt bekommt, die Societät mag nun Profit oder Schaden haben. Im ersten Fall ist er socius, im letzten Bedienter der Gesellschaft.

§. 912. Von der Verbindlichkeit der Gesellschafter.

Die Gesetze verordnen 3) daß in der Societät culpa levis in concreto geleistet werden soll; das heist ein socius ist schuldig, soviel Fleiß und Aufmerksamkeit auf die Societätsgeschäfte zu verwenden, als er auf seine eigene zu verwenden pflegt. Nur alsdann, wann er jene nachläßiger behandelt als diese: ist er strafbar, und muß den Schaden ersetzen. Die Ursache liegt darin, die Societät kann ich verlassen, sobald ich will. (§. 914.) Sehe ich also, daß mein Compagnon nachläßig ist, und setze dennoch die Gesellschaft mit ihm fort: so bin ich selbst Schuld an dem Schaden, den ich durch seine Nachläßigkeit leide. In der communione incidente hat übrigens dieselbe Regel statt, weil man sie ebenfalls aufkündigen kann, sobald man will.

4) Ein socius, der sich eines Betrugs schuldig macht, wird mit der Ehrlosigkeit bestraft. Dann wann ich mit einem Menschen in Gesellschaft trette: so setze ich in seine Ehrlichkeit ein großes Zutrauen. Hintergeht er mich also: so handelt er höchst schändlich.

5) Ein Gesellschaftsmitglied ist dem andern das beneficium competentiae schuldig, das heist wann ein socius der Gesellschaft so viel schuldig bleibt, daß er nicht alles bezahlen kann, ohne an den Bettelstab zu kommen: so können die socii nicht alles von ihm verlangen, was er schuldig ist. Sie müssen ihm so viel lassen, als er zu seinem nöthigsten Lebensunterhalt braucht.

6) In der allgemeinen Societät ist alles gemein, ein jedes Mitglied nimmt soviel aus der gemeinen Masse, als es braucht, wann es auch gleich mehr braucht als das andre, und wann es gleich nicht mehr, oder vielleicht noch weniger Vermögen in die Societät gebracht hat, als das andre. Wann z. E. einer von den sociis universalibus eine Tochter verheyrathen, einen Sohn studieren lassen will, so nimmt er die Ausstattung, die Studierkosten aus der gemei-

nen

nen Masse, wann gleich der andere socius keine Kinder, also dergleichen Ausgaben nicht hat. Daher ist diese allgemeine Societät so selten.

7) In andern Gesellschaften hingegen darf ein Gesellschafter nur den Nutzen ziehen, der mit seinem Beytrag proportionirt ist; wer mehr beyträgt, bekommt auch mehr vom Nutzen, als der, welcher weniger beygetragen hat; z. E. wer in die Calenbergische Wittwencasse viel einlegt, dessen Wittwe bekommt einen größeren Gehalt, als dessen, der wenig einlegt. Indessen kann durch Verträge ein anderes bestimmt werden; festgesetzt werden, daß obgleich die socii ungleiche Beyträge gethan haben, der Profit doch gleich getheilt werden soll.

8) Wann die socii mit einem dritten contrahiren, und die Frage ist, was aus diesem Contract für Rechte und Verbindlichkeiten entstehen: so muß man folgende Fälle unterscheiden. a) Die socii haben zusammen mit dem Dritten contrahirt. Jetzt bekommen sie ein Recht pro rata (*1), z. E. also A und B sind socii. A hat $\frac{2}{3}$ in der Societät, B $\frac{1}{3}$. Sie contrahiren mit C., und dieser wird ihnen 300. fl. schuldig, an dieser Summe hat A 200. und B 100. zu fordern. Auch werden sie pro rata verpflichtet. b) Ein socius allein contrahirt, und zwar in eigenem, nicht in der Societät Namen. c). Ein socius schließt im Namen der Societät zwar, aber ohne Vollmacht dazu zu haben. In diesen beyden Fällen bekommen die übrigen weder Rechte noch Verbindlichkeiten aus dem Contract, (*2) wofern nicht die ganze Societät Nutzen aus dem Contract gezogen hat. Z. E. ein socius verkauft Waaren, und bringt den Betrag der Societät in Einnahme. Dann nun hat actio de in rem verso gegen die Societät statt, wann gleich der contrahirende socius nicht im Namen der Societät, oder ohne Vollmacht gehandelt hat. (*3) d) der contrahirende socius hat vor den andern Vollmacht gehabt, und dieser Vollmacht gemäß contrahiret. Wann dieß ist: so sind die andern in solidum verbunden, und erhalten auch ein Recht in solidum aus dem Vertrage. (*4)

(1) arg. L. 4. pr. D. de exerc. act. L. 9. C. si cert. pet.

(2) arg. L. 28. et 52. §. 5. L. 63. §. 1. D. h. t. L. 13. C. si cert. pet.

(3) L. 82. D. pro soc. L. 4. §. 1. D. de exerc. act. L. 13. in f. D. de instit. act.

(4) arg. L. 1. §. f. L. 2. D. de exerc. act.

§. 913. Von der Erwerbsgesellschaft.

Die bisher vorgetragene Regeln haben in allen Arten von Gesellschaften statt. In der societate quaestuaria aber ist noch folgendes zu bemerken: 1) Jeder Compagnon muß in derselben etwas beytragen. Wann die Gesellschaft aus Freundschaft einen am Profit Theil nehmen läßt, der nichts, weder Güter

noch Dienste, beyträgt: so ist es eine Schenkung, und er ist kein wahrer socius. Auch die sogenannte societas Leonina (*1) ist keine wahre Societät. Man versteht darunter eine Gesellschaft, wo der eine Gesellschafter allen Nutzen allein zieht, der andere allen Schaden allein trägt. Wann eine Gesellschaft einem Menschen aus Freundschaft, um ihm eine Wohlthat zu erzeigen, verspricht, daß er, im Fall sie Profit haben, denselben allein erhalten; im Fall aber, daß Verlust herauskommt, nicht daran Theil nehmen soll: so ist der Vertrag gültig; nur ist dieser Mensch kein wirklicher Gesellschafter. Ist aber ein Betrug bey der Sache passirt, das heist ein Gesellschafter hat die Einrichtung der Societät so gemacht, daß er allen Profit allein, der andere allen Schaden allein hat: so kann der hintergangene desfalls Klage führen.

2) Wann die Frage entsteht, wie Gewinn und Schaden in dieser Societät zu vertheilen sind: so muß zuforderst auf die Verträge Rücksicht genommen werden. Haben nemlich die Gesellschafter festgesetzt, wie viel jeder am Gewinn und Verlust partipiciren soll, (si partes expressae:) so bleibt es dabey. Gesetzt auch, daß nach dem Vertrag ein Gesellschafter mehr vom Gewinn bekommen soll, als er nach Proportion seines Beytrags bekommen sollte; oder gesetzt, daß die Theilnehmung am Schaden anderst bestimmt wäre, als am Profit; z. E. es wäre ausgemacht, A. soll $\frac{1}{3}$ vom Schaden, hingegen $\frac{2}{3}$ vom Profit haben; und B. soll $\frac{2}{3}$ vom Schaden, aber nur $\frac{1}{3}$ vom Profit übernehmen: so ist dem ungeachtet der Vertrag gültig. (*2) Ist nichts ausgemacht, so richtet sich die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen; z. E. der Gesellschafter A. hat 10000. fl. der andere B. 15000. fl. beygetragen, der zu theilende Profit ist 5000. fl. Hier heist es: 25000. fl. haben 5000. fl. Profit zu theilen, wieviel bekommen 10000 fl.? Antwort 2000 fl. Wieviel bekommen 15000 fl? Antwort 3000 fl.

(1) Der Name Löwengesellschaft ist aus der bekannten Phädrischen Fabel genommen, wo der Löwe mit andern Thieren in Gesellschaft auf die Jagd geht, den gejagten Hirsch in vier Theile zertheilt, und sich alle vier unter verschiedenen Titeln zueignet, also allen Profit der Gesellschaft allein behält.

(2) Das berühmte Gesetz L. 30. D. pro soc. sagt: Mucius lib. 14. scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse, (man kann es freylich nicht, dann es ist widersprechend) societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. (Der Vertrag hat keinen Sinn, du sollst vom Gewinn $\frac{1}{3}$ und vom Verlust $\frac{2}{3}$ haben; dann wann die Gesellschaft Gewinn hat, so hat sie keinen Verlust, und umgekehrt. Gewinn ist nicht vorhanden, als wann nach Abzug des Schadens noch Vortheil übrig bleibt; und Verlust ist erst alsdann da, wenn

nach

nach Abzug des Vortheils noch Schaden übrig ist.) Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. (Wenn die Gesellschaft einen Gewinn macht, sollst du davon $\frac{1}{2}$ haben, wenn sie hingegen Verlust hat, sollst du davon $\frac{2}{3}$ tragen.) Ob übrigens Mucius den Satz, welchen Servius in den Worten sed potest coiri etc. vorträgt, geleugnet habe, oder nicht, lasse ich dahin gestellt seyn. Jenes behauptet Justinian §. 2. I. h. t. dieses unter andern *Püttmann* interpr. et observ. cap. 18.

§. 914. Wie wird die Gesellschaft geendigt?

Die Gesellschaft wird geendigt 1) wenn ein socius stirbt, oder den bürgerlichen Tod, d. i. die gröste oder mittlere Capitisdeminution leidet. Dieß geschieht nicht nur alsdann, wann die Gesellschaft nur aus zwey Mitgliedern, sondern auch wann sie aus mehreren, aus zehen, hunderten u. s. w. besteht, und einer stirbt; dann die andern sind nicht genöthigt, die Gesellschaft fortzusetzen. Der Grund ist: gerade der mit Tode abgegangene socius, seine Geschicklichkeit, seine Ehrlichkeit, kann mich bewogen haben, in die Gesellschaft zu treten.

Die Anmerkung sagt: a) wann man behauptet, daß die Societät selbst nicht auf die Erben geht: so muß man daraus nicht schließen, daß die Verbindlichkeit aus diesem Contract nicht auf die Erben übergehe. Die Societät geht nicht auf die Erben, das heist der Erbe eines verstorbenen socii kann nicht gezwungen werden in der Societät zu bleiben; aber die Verbindlichkeit aus der Societät geht auf die Erben, das heist die Erben des socii müssen über die Facta ihres Erblassers Rede und Antwort geben. b) Eine Ausnahme ist in der societate vectigalium. Die Römer verpachteten ihre öffentliche Einkünfte an große Gesellschaften, diese hiessen societates vectigalium. Wann einer in diesen Gesellschaften abging: so musten seine Erben die Gesellschaft fortsetzen. c) Wann ein socius stirbt, und die andere wollen in Gesellschaft bleiben: so ist es ihnen unverwehrt; aber es ist eigentlich die alte Gesellschaft nicht mehr, sondern eine neue. Auch können die socii mit einander ausmachen, daß wann einer von ihnen sterben würde, die Gesellschaft unter den übrigen fortdauern solle.

2) Die Gesellschaft hört auf, wann alle socii in die Aufhebung willigen. Wann aber auch nur Einer will: so können ihn die Andern nicht davon abhalten. Dies ist sonderbar, dann die Societät ist ein Bilateralcontract; ein solcher Contract aber kann sonst nicht anderst, als mit Einwilligung der sämmtlichen Interessenten aufgehoben werden. Die Ursache, warum die Gesetze in

der Societät eine Ausnahme gemacht haben, ist odium communionis: die Gemeinschaft ist eine Mutter vieler Streitigkeiten. Die Gesetzgeber halten es daher nicht für rathsam, einen gegen seinen Willen in einer Societät zu behalten. Wann sogar ausgemacht wäre, daß kein socius ohne den Willen der andern die Gesellschaft verlassen solle: so kann doch jeder, sobald es ihm gefällt, herausgehen; (renunciare potest societatem.) Die Absicht, die Societät zu verlassen, kann übrigens ein socius sowohl stillschweigends als ausdrücklich erklären: stillschweigends, wann er z. Exempel sich der gesellschaftlichen Geschäfte nicht mehr annimmt; den Ort verläßt, wo die Societät ihr Comtoir hat, und wo er als socius nothwendig seyn müste.

Indessen wann ein socius aus der Gesellschaft tretten will, so muß es a) in Gegenwart der andern sociorum geschehen. Wann ein abwesender socius die Gesellschaft verläßt, so ist die Regel: ehe die Gesellschaft Nachricht von seiner Aufkündigung erhält, muß der abgegangene socius allen Schaden tragen helfen, den die Gesellschaft erleidet; hingegen am Profit nimmt er keinen Theil mehr. Und wann er für sich einen Profit macht: so muß er ihn mit den übrigen sociis theilen, wann er aber Schaden leidet, ihn allein tragen. S. die 61. Tabelle. b) Die Aufkündigung muß nicht aus betrüglichen Absichten geschehen: in der Absicht nemlich einen profitabeln Handel allein zu schließen, und die andern socios an dem Profit keinen Theil nehmen zu lassen. Liegen solche Absichten zum Grunde: so ist der abgegangene socius schuldig, den Profit, welchen er bey dem Handel macht, mit den übrigen zu theilen; täuscht ihn aber seine Hofnung, daß er Schaden bey dem Handel leidet: so muß er ihn allein tragen. c) Nicht zur Unzeit, das heist nicht in einem Zeitpunct, wo die Societät ohne Schaden nicht aufgehoben werden kann, weil z. E. die Societätswaaren nicht in billigen Preisen angebracht werden können.

§. 915. Fortsetzung.

Die Societät hört 3) auf, wann das Geschäft geendigt ist, um dessen willen man sie geschlossen hatte. Z. E. mehrere Personen übernehmen in Gesellschaft eine Fouragelieferung. Wann diese geschehen ist: so hat die Gesellschaft ein Ende. 4) Wann die Zeit verflossen ist, auf welche sie eingegangen war. 5) Wann die Gesellschaft banquerout wird, und *bonis* cediret, das heist ihre Casse, ihr ganzes Vermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt hingiebt; oder wann die Societätsgüter confiscirt werden, weil z. E. die Gesellschaft mit contrebande Waaren gehandelt hat. 6) Wann der Gegenstand der Gesellschaft zu Grunde geht, z. E. wann das Pferd, das ich mit einem in Gemeinschaft hielt, crepiret.

§. 916.

§. 916. Von der actione pro socio.

Aus dem Societätscontract entsteht die actio *pro socio*, Gesellschafts-klage. Sie ist *utrinque directa*, das heist, sie ist allemal directa, es mag sie nun anstellen, welcher socius wolle. Meistens kommt es erst zu dieser Klage, wann die Gesellschaft geendigt ist; doch hat sie auch während der Gesellschaft statt. Sie wird angestellt von einem Gesellschafter gegen die andern oder deren Erben, daß sie die versprochene Beyträge zur Gesellschaftscasse thun, oder die versprochenen Dienste leisten, über die geführte Administration der Gesellschafts-güter Rechnung ablegen, den Gewinn zur Theilung bringen, ihr Antheil am erlittenen Verlust tragen, und den durch Vorsatz oder culpam levem in concreto zugefügten Schaden ersetzen sollen.

§. 917. Fortsetzung.

Diese Klage geht also nur auf *praestationes personales*, das heist dahin, daß der socius die Pflichten erfüllen soll, die er als socius übernommen hat. Wann man aus der Societät gehen will, und verlangt, daß die Societätsgüter getheilt werden sollen: so muß man nicht actionem pro socio, sondern actionem communi dividundo anstellen. Dann wer die Theilung der gemeinschaftlichen Güter verlangt, der gründet sich auf sein Eigenthumsrecht, also auf ein ius in re. Die Gesellschaftsklage aber ist eine persönliche Klage. (*1)

(1) *Vinn.* sel. quaest. Lib. 1. Cap. 36.

TIT. XXVIII.

De Mandato.

§. 918. Was ist das mandatum?

Das *mandatum*, im deutschen Bevollmächtigung, Auftrag, Commißion, ist der letzte Consensualcontract. Es ist ein Contract, wodurch sich Jemand verpflichtet, ein erlaubtes Geschäft des andern in dessen Namen ohne Lohn zu verrichten. Wer das Geschäft verrichtet, heist *mandatarius* oder *procurator*, der Bevollmächtigte; der, in dessen Namen es geschieht, *mandans*, der Principal. Gattungen der Bevollmächtigten sind die Schiffscapitaine, *magistri navis*, und die Factore, *institores*. Unten im 7ten Titel des 4. Buchs werden sie näher beschrieben werden.

§. 919. Dessen Unterschied von andern Contracten.

Die Bevollmächtigung ist also 1) von der negotiorum gestione verschieden. Dann die Bevollmächtigung ist ein wahrer Contract; die negotiorum gestio ein quasi contractus. Im mandato erkläre ich, daß ich mein Geschäft vom andern will verrichten lassen. Bey der negotiotum gestione aber versieht Jemand mein Geschäft, ohne dazu Auftrag von mir zu haben. 2) Von dem Miethcontract. Wann mir nemlich Jemand seine Dienste vermiethet: so läßt er sich dafür einen Lohn versprechen; der mandatarius aber verrichtet das Geschäft umsonst. 3) Vom Rathe. Wer einem andern einen Rath giebt, ist kein mandans, und wer den Rath empfängt, kein mandatarius; denn wer den Rath empfängt, ist nicht schuldig ihn zu befolgen, der mandatarius aber ist schuldig das Geschäft zu besorgen. Auch ist der mandans verbunden, den mandatarium zu entschädigen, wann er bey dem Auftrag Schaden leidet. Der Rathgeber aber ist nicht schuldig, für den üblen Ausgang seines Rathes zu haften; ausser a) wann er ihn in der boshaften Absicht zu schaden, oder b) auf seine Gefahr gegeben, das heist, dabey erklärt hat, er wolle für die gute Wirkung stehen, und für allen Schaden gut seyn. c) Wann er sich für einen Kunstverständigen ausgibt, und der Rath unvernünftig ist. Z. E. Wann ein Pferdearzt mir Pferdearzeneyen vorschlägt, die so offenbar schädlich sind, daß meine Pferde davon crepiren müssen. 4) Von der Empfehlung. Ich empfehle einem etwas, wann ich einem die gute Eigenschaft einer Person oder Sache rühme: Diese ist von dem mandato eben so wie der Rath unterschieden. Der, bey welchem die Empfehlung geschieht, ist nicht schuldig sie anzunehmen; und der Empfehlende ist nicht verpflichtet für den Ausgang zu haften, wann er entweder a) nicht vorsezlich und wissentlich etwas schlechtes empfohlen, oder b) sich verbindlich gemacht hat, für allen Schaden zu stehen. 5) Vom Befehl. Dann dieser ergeht an solche Personen, die in meiner Gewalt sind, an meine Kinder oder Sclaven. Das mandatum aber ergeht an solche Personen, die mir nicht unterworfen sind.

§. 920. Erste Eintheilung des mandati.

Das mandatum kann ausdrücklich, es kann auch stillschweigends ertheilt werden. Im ersten Fall ist weder eine Formel, noch ein schriftlicher Aufsatz nöthig. Stillschweigend bevollmächtige ich einen, wann ich erlaube, daß er in meiner Gegenwart mein Geschäft verrichtet. Z. E. wann ich mit einem auf die Messe gehe, und weil ich weiß, daß er eine Uhr kaufen will, in seiner Gegenwart mit einem Uhrhändler einen Handel schliese.

§. 921.

§. 921. Zweyte Eintheilung.

Wann das mandatum auf ein einzelnes Geschäft gerichtet ist: so heist es *speciale.* Gebe ich aber eine Vollmacht alle meine Geschäfte zu besorgen, weil ich z. E. eine lange Reise antretten will, oder durch eine langwierige Krankheit ausser Stand gesetzt bin, meinen Sachen selbst vorzustehen: so ist es *mandatum generale.* Sind die Geschäfte im Gericht zu verrichten: so heist es *mandatum iudiciale*, ratione *obiecti*; sind es aber aussergerichtliche Geschäfte: so ist es *mandatum extraiudiciale.* Ein gerichtliches mandatum hat z. E. ein Anwald, der in meinem Namen im Gericht erscheint und meinen Proceß führt; einen aussergerichtlichen Auftrag hat einer, den ich auf den Markt schicke, um mir Pferde zu kaufen.

§. 922. Dritte Eintheilung.

Das mandatum wird aber auch in Ansehung der Art es auszustellen, in das gerichtliche und aussergerichtliche eingetheilt. Nemlich wann ich vor der Obrigkeit erkläre, daß ich diesen Menschen zu meinem Bevollmächtigten ernennt haben wolle: so ist es *mandatum iudiciale ratione modi.* Erkläre ich dies privatim, mündlich oder schriftlich: so gebe ich eine aussergerichtliche Vollmacht, *(mandatum extraiudiciale ratione modi.)* Das mandatum ist ferner entweder *purum*, oder *in diem dilatum*, oder *conditionatum.* Wann Jemand nur eine gewisse Zeitlang meine Geschäfte besorgen soll: so hat er ein mandatum in diem dilatum. Bekommt er nur unter einer gewissen Bedingung Vollmacht, so heist sie mandatum conditionatum; purum endlich, wenn weder Zeit, noch Bedingung beygefügt sind.

§. 923. Vierte Eintheilung.

Das mandatum ist entweder *in rem suam* oder *alienam*; das letzte ist das gewöhnlichste. Wann ich einem Vollmacht gebe, daß er meine Geschäfte zu meinem Nutzen besorgen soll: so ist er mandatarius in rem alienam. Hingegen wann Jemand ein fremdes Geschäft, aber zu seinem eignen Vortheil besorgt; das heist, wann er eine Forderung in meinem Namen einklagt, die ich ihm doch gänzlich abgetretten habe, so heist er mandatarius oder procurator in rem suam. Bey den Römern war dieses mandatum gewöhnlicher als bey uns. Nemlich nach dem alten römischen Rechte konnte einer eine Forderung, die ich ihm abtrat, nicht in seinem eigenen Namen einklagen; er mußte es als mein Bevollmächtigter in meinem Namen thun. Da aber in den neuen Gesetzen diese Regel aufgehoben, wenigstens unnütz gemacht worden ist: so ist auch das mandatum in rem suam fast gänzlich abgekommen.

Ich-

Ich sage fast gänzlich, denn zuweilen kommt es doch noch vor, wann nemlich Jemand sich eine Schuld cediren läßt, und nicht will, daß die Cession bekannt werden soll, wozu er mancherley Ursachen haben kann. In diesem Fall klagt er sie blos als Bevollmächtigter des Cedenten ein.

§. 924. Fünfte Eintheilung.

Die letzte Eintheilung des mandati ist in *simplex* und *qualificatum*. Simplex heist es, wann Jemand meine Geschäfte zu meinem Besten besorgt; qualificatum aber, wann ich einem auftrage, etwas zum Besten eines Dritten, aber auf meine Gefahr zu thun; deutlicher: wann ich einen ersuche, einem Dritten etwas zu borgen, und erkläre, daß ich für die Schuld haften wolle. Z. E. ich ersuche einen Kaufmann, meinem auf der Academie studierenden Verwandten Conto zu geben, und verspreche die Zahlung zu leisten. Wer ein solches mandatum gibt, heist *mandator*; da man einen andern Bevollmächtiger *mandantem* nennt. (§. 918.) Er ist als ein Bürge anzusehen. (§. 835.)

§. 925, Wesen dieses Contractes.

Aus dem Begriff der Bevollmächtigung fließt 1) daß dieser Contract nichts als die Einwilligung beyder Theile erfordere, dann er ist ein Consensualcontract. Diese Einwilligung muß übrigens nicht nothwendig vor angefangenem Geschäft ertheilt werden. Wann nemlich Jemand meine Geschäfte besorgt, so sind drey Fälle möglich. Der erste: ich gebe meine Einwilligung dazu, noch ehe er die Geschäfte unternimmt. Hier ist es ohne Zweifel ein contractus mandati. Der zweyte Fall: Jemand fängt mein Geschäft ohne Auftrag zu besorgen an, und ich gebe meine Einwilligung ehe es vollendet ist. Auch hier ist ein mandatum vorhanden, das heist ich muß das, was schon geschehen ist, eben so gut anerkennen und gelten lassen, als wann ich zum voraus Auftrag dazu ertheilt hätte. Der dritte: Jemand hat das Geschäft ohne Auftrag nicht nur angefangen, sondern auch zu Ende gebracht, und ich consentire nun erst. Jetzt ist kein mandatum, sondern ein Quasicontract, eine negotiorum gestio vorhanden.

2) Das mandatum setzt ein erlaubtes Geschäft voraus. Wann ich einem auftrage, etwas unerlaubtes zu thun z. E. Jemand zu prügeln: so entsteht auf seiner Seite keine Verbindlichkeit, den Auftrag zu befolgen, und wann er ihn befolgt und dabey Schaden leidet: so bin ich nicht verbunden, ihn zu entschädigen.

3) Das mandatum wird der Regel nach unentgeltlich, das heist dergestalt übernommen, daß der mandatarius kein vollkommenes Recht hat, etwas

was für seine Bemühung zu fordern. Indessen erlaubt doch das römische Recht, in dem Mandatscontract ein honorarium zu versprechen, eine Belohnung, die nicht sowohl ein Aequivalent für die Dienste des mandatarii, als ein Zeichen der Dankbarkeit des Principals ist. Die gerichtlichen Anwälde z. E. sind mandatarii, und dem ohngeachtet lassen sie sich honoraria versprechen. Ja wann man dem mandatario nichts versprochen hat, er aber eine Person ist, die mit solchen Commissionen ihren Unterhalt sucht: so kann er ein honorarium fordern, (*1) Ausser Zweifel ist endlich, daß wann der Principal nach geendigtem Geschäft freywillig ein *honorarium* gibt, dadurch die Natur des Mandatcontractes nicht geändert werde.

4) Der Bevollmächtigte muß in den Grenzen seines Auftrages bleiben; wann er diese überschreitet: so ist seine Handlung nichtig, der Principal ist nicht verbunden, sie zu genehmigen, und als sein eigenes Factum gelten zu lassen. Wer daher mit einem Bevollmächtigten contrahirt, thut klug, wann er sich eine schriftliche Vollmacht vorzeigen läßt; um zu sehen, ob der Bevollmächtigte seinem Auftrag gemäß handle.

(1) Strube rechtl. Bed. 4. Th. 449. Seite.

§. 926. Von der Verbindlichkeit des Bevollmächtigten.

Der Principal setzt ein vorzügliches Zutrauen auf den Bevollmächtigten. (§. 756.) Man gibt der Regel nach nur demjenigen eine Commission, den man für vorzüglich geschickt zur Ausführung, und dabey für ehrlich hält. Daraus folgt 5) daß der mandatarius der Regel nach das Geschäft selbst verrichten muß, und es keinem andern übertragen darf. Substituirt er indessen einen andern, und der Substitut verrichtet das Geschäft auf die gehörige Art: so muß es der mandans gelten lassen.

6) Was für einen Grad von culpa muß der mandatarius prästiren? Viele (*1) sagen culpam levissimam, weil es in der L. 13. C. h. t. heist, er müsse *omnem culpam* prästiren. Allein es ist unbillig, daß ein Mensch, welcher mir einen Dienst umsonst und aus Freundschaft leistet, so hart gehalten werden soll. Daher scheint mir die Meynung richtiger, daß der mandatarius nur culpam levem leiste, und dieß ist der oben (§. 759.) festgesetzten Regel gemäß: qui ad faciendum obligatus est, culpam levem praestat. (*2)

7) Ein mandatarius, der sich eines doli schuldig macht, wird mit der Strafe der Ehrlosigkeit belegt. Von dem mandante aber muß man vermöge der L. 6. §. 5. D. de his qui not. infam. ein gleiches behaupten.

(1) *Vinn.* quaest. sel. L. 1. C. 52. *Cocceii* iur. contr. h. t. Qu. 13. *Walch* controv. p. 404.

(2) Einige, als *Zoef.* ad Pand. h. t. n. 15. *Schilter* ex. 28. th. 88. Colleg. Argentor. h. t. th. 24. *Pagenſtecher* ad Lauterb. manip. 1. p. 61. *Wieling* in not. ad *Reinold.* in huius opuſc. p. 581. wollen gar nur culpam latam vom mandatario präſtirt haben.

§. 927. Wie die Bevollmächtigung aufhöre?

Der Mandatscontract hört 1) durch die beyderſeitige Einwilligung auf, wann der Principal ſeine Geſchäfte nicht länger durch den mandatarium beſorgen laſſen will, und dieſer damit zufrieden iſt. Aber auch 2) alsdann, wann nur der Principal erklärt, daß er ſeinen Auftrag zurück nehme, obgleich der mandatarius damit nicht zufrieden iſt, und das Geſchäft gern beſorgte; oder wann 3) der mandatarius declarirt, daß er den übernommenen Auftrag nicht beſorgen wolle, obgleich der Principal darein nicht nicht willigt, hat das mandatum ein Ende.

Man bemerke a) die beyden Redensarten: revocare mandatum und renunciare mandato. Wann der mandans den Auftrag zurück nimmt: ſo heiſt es revocat mandatum; wann aber der mandatarius ihn zurück gibt: ſo ſagt man renunciat mandato. b) Das mandatum iſt ein Bilateralcontract, und dieſe können ſonſt nicht anderſt, als mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden. Es iſt alſo dies bey dem mandato etwas beſonders, daß ein Theil ohne des andern Einwilligung davon abgehen kann. c) Wann der mandans das mandatum revociren will: ſo muß er es re integra thun, das heiſt, ehe ſich der mandatarius ſo weit in das Geſchäft eingelaſſen hat, daß es ihm unmöglich iſt, wieder zurück zugehen; thut er es nicht re integra: ſo muß er für allen Schaden ſtehen. d) Auch der mandatarius, welcher dem mandato renunciiren will, muß es *tempeſtive* thun, das iſt zu einer Zeit, da der Principal noch einen andern Bevollmächtigten finden kann, ſonſt muß er dem Principal allen Schaden erſetzen. 4) Endigt ſich das mandatum durch das Abſterben ſowohl des Principals als des Bevollmächtigten.

§. 928. Von der Aſſignation.

Eine ſehr gewöhnliche Gattung des mandati iſt die Aſſignation. Man verſteht darunter eine Vollmacht, die ich meinem Gläubiger gebe, daß er bey meinem Schuldner die Schuld eintreiben, erheben, und alsdann das, was er bekommt, für ſich behalten ſolle. Die drey Perſonen, welche hier vorkommen, ſind *aſſignans*, *aſſignatus*, und *aſſignatarius*. Wer die Aſſignation ausſtellt, heiſt aſſignans; der, welcher ſie erhält, um die Schuld zu erheben, iſt der aſſignatarius; und endlich der, welcher auf die Aſſignation zahlen ſoll, der aſſignatus.

B.

B. ist dem C. 50 Rthlr. schuldig, hat aber eine Forderung an den A. B. gibt also dem C. die Vollmacht, 50 Rthlr. bey dem A. zu erheben. Hier ist A. der assignatus, dann er wird dem C. als Zahler angewiesen; B. der assignans, weil er die Anweisung gibt, und C. der assignatarius; dann er weiset nicht an, und wird nicht angewiesen, sondern erhält die Anweisung. Von der Assignation bemerke man die Regel: Anweisung ist keine Zahlung. Dadurch allein, daß ich meinem Gläubiger Anweisung gebe, werde ich von meiner Schuld noch nicht frey. Erst alsdann erfolgt diese Befreyung, wann mein Gläubiger vom meinem Schuldner die Zahlung erhält.

§. 929. Die Klagen, welche aus dem Mandatcontract entstehen.

Das Mandat ist ein Bilateralcontract, in welchem der mandatarius allezeit und gleich anfangs, der mandans aber nur zuweilen und zufälliger Weise verpflichtet wird. Der mandatarius nemlich wird verpflichtet, das übernommene Geschäft zu besorgen; der mandans aber ist schuldig, den mandatarium zu entschädigen, wenn dieser etwa zufälliger Weise Kosten oder Schaden bey dem Geschäft hat. Daher stellt der mandans actionem mandati *directam*, der mandatarius aber *contrariam* an. (§. 74.*).

§. 930. Von der actione mandati directa.

Die directa also ist die Klage, welche der Principal gegen den Bevollmächtigten oder dessen Erben anstellt, und zwar dahin, daß er das übertragene Geschäft getreu und fleißig besorgen, wann er Einnahme und Ausgabe gehabt hat, Rechnung ablegen, alles was er durch das Geschäft erworben hat, mit den erhaltenen Nutzungen herausgeben, den Schaden, welchen er dolo oder culpa lata gethan, ersetzen, und wann er das Geschäft nicht gehörig besorgt, oder zur Unzeit die Commission aufgesagt hat, das Interesse präsiren soll.

§. 931. Von der contraria.

Hat der Bevollmächtigte Kosten bey dem Geschäft gehabt, Schaden durch die Schuld des Principals erlitten, Verbindlichkeiten übernommen: so stellt er die actionem mandati contrariam an, daß ihm die Kosten und der Schaden ersetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Wann ihm sogleich bey dem Auftrage ein honorarium versprochen ist: so kann er auch dieses actione mandati contraria verlangen, und zwar wenn es durch eine besondere Stipulation ausbedungen ist: so hat actio ex stipulatu statt.

Ist aber nichts versprochen, und der mandatarius befindet sich doch in dem Fall etwas fordern zu können: (§. 925.) so stellt er eine ausserordentliche Klage an, extraordinaria persecutio datur. (*1)

(1) *Cocceii* h. t. Qu. 7.

§. 932. Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung eines dritten.

Wann der Bevollmächtigte mit einem dritten Verträge schließt: so entsteht die Frage: was hat dieser drittte sowohl gegen den mandantem als mandatarium für Rechte und Verbindlichkeiten? Man bemerke also 1) der mandans kann aus dem Contract, welchen der mandatarius schließt, *directe* gegen den dritten nicht klagen, wann er sich nicht die Rechte des mandatarii cediren, das heist sich von dem mandatario eine Vollmacht zur Klage geben läßt. Doch erlauben ihm die neuere Gesetze, ohne Vollmacht actionem *utilem* anzustellen. In einigen Fällen kann der mandans actionem directam auch ohne Cession anstellen nemlich a) wann sich der mandatarius etwas in Ansehung einer dem Principal gehörigen Sache versprechen läßt, (si e re domini stipulatur;) z. E. er läßt dem Hause des Principals eine Servitut versprechen; b) wann ihm etwas in Gegenwart des Principals versprochen worden ist; c) wann der Principal, wegen Abwesenheit des Bevollmächtigten, keine Cession von ihm erhalten kann. (*1) Heutigestages kommt auf diese Subtilitäten nichts mehr an. Denn der mandans kann in allen Fällen aus dem Contract des mandatarii gegen den dritten klagen, und man denkt so wenig an eine Cession, als an die Distinction der actionis directae und utilis. 2 Der mandatarius kann aus dem von ihm geschlossenen Vertrage gegen den dritten zwar klagen, aber dieser kann sich mit der exceptione doli schützen; z. E. wann der procurator eine Sache des mandantis verkauft hat: so kann er auf die Zahlung des Kaufgeldes klagen; aber der Käufer kann ihn mit der exceptione doli abweisen; dann er kann und muß die Zahlung dem Principal selbst leisten. 3) Der mandans kann aus dem Contact des mandatarii nach dem alten strengen römischen Recht gar nicht belangt werden. Dann die Regel ist: alter ex alterius contractu non obligatur. Die neuere Gesetze aber geben die actionem quasi institoriam gegen den mandantem. Nemlich die actio institoria wird gegen mich angestellt, wenn mein institor, mein Handelsfactor einen Contract schließt. Da nun der Factor ein mandatarius ist: so hat man die Klage auf alle mandantes und mandatarios ausgedehnt, und sie actionem quasi institoriam genennt 4) Der mandatarius selbst kann aus dem von ihm geschlossenen Contract nicht belangt werden: ausser a) wann er etwas von dem Vermögen des Principals

in

in Händen hat. In diesem Fall kann man von ihm verlangen, daß er aus diesem Vermögen die Zahlung leiste; b) wenn er in eigenem Namen contrahirt, und nicht gesagt hat, daß er nur als mandatarius handle; c) wann er sich als Bürge selbst mit verpflichtet: d) wann er die Grenzen seines Auftrages überschritten hat.

Herr hat alles dieses sehr gut aus einander gesezt. Nur muß ich anmerken, daß er mit vielen andern Juristen glaubt, der mandans stelle in dem Fall, wann ihm der mandatarius die Klage cedire, actionem *utilem* an. Dieß halte ich mit andern für falsch. In diesem Fall steht ihm vielmehr actio directa zu, und die actio utilis hat statt, wann keine Cession geschehen ist.

(1) *Giphanius* ad L. 68. & 72. D. de procurat. in lectur. Altorphin. pag. 76. *sqq.* Man s. auch *Os. Aurel.* de variant. *Cuiac.* Disp. 9. in thesaur. *Otton.* Tom. 3. p. 716.

TIT. XXVIII.

De obligationibus quae quasi ex contractu nascuntur.

§. 933. Uebergang zu diesem Titel.

Wir haben bisher die wahre Contracte kennen gelernt. Es gibt aber auch Fälle, wo Jemand *quasi ex contractu* verbunden wird; Handlungen, welche eine Aehnlichkeit mit den Contracten haben, und durch welche Jemand verbunden wird, gleichsam als ob er contrahirt hätte. Z. E. der Vormund ist dem Pupillen zur Administration seines Vermögens, und der Pupill dem Vormunde zur Schadloshaltung verbunden, als ob sie deswegen mit einander contrahirt hätten. Gleichwohl haben sie nicht contrahirt. Daher sagt man tutor et pupillus *quasi ex contractu obligantur*. Wann ich einem etwas aus Irrthum bezahle, was ich ihm nicht schuldig bin: so ist er schuldig, es mir zurück zugeben, eben sowohl, als ob er mir es durch einen Contract versprochen hätte. Deswegen sagen die Juristen indebite solutum accipiens *quasi ex contractu* ad reddendum obligatur. Wer eine Erbschaft antrit, ist verbunden alle legata und fideicommissa zu bezahlen, *quasi contraxisset* cum legatariis et fideicomissariis. Man nennet diese Handlungen heutigestages quasi contractus, obgleich dieser Name bey den römischen Juristen nicht vorkommt. Diese sagen

obligatio quasi ex contractu oritur. Aber das Wort Quasi-Contractus, als ein zusammen gesetztes Substantiv brauchen sie nicht.

§. 934. Was sind quasi contractus?

Die Quasicontracte sind also erlaubte Handlungen, welche den Contracten ähnlich sind, und durch welche Jemand ohne seine ausdrückliche Einwilligung eben so gut verpflichtet wird, als ob er einen Contract geschlossen hätte. Ich sage a) **erlaubte Handlungen.** Durch Verbrechen wird man auch verpflichtet, aber diese heissen nicht quasi contractus. b) **Ohne ausdrückliche Einwilligung.** Viele sagen, die quasi contractus gründeten sich auf eine **vermuthete Einwilligung,** (in consensu praesumto sive ficto;) der eine Quasicontrahent consentire würklich, der andere praesumtive. Allein 1) ist diese ganze Vorstellungsart in dem römischen Recht völlig unbekannt. 2) Ist sie bey vielen Quasicontracten offenbar unrichtig. Dann bey einigen liegt kein präsumtiver, sondern ein stillschweigender, durch facta declarirter Consens zum Grunde. So ist es bey der Erbschaftsantrettung, bey der Tutel, bey der communione hereditatis und rei singularis. Bey andern entsteht die Verpflichtung blos aus der Billigkeit und unmittelbar aus dem Gesetz, ohne allen Consens, z. E. bey der indebiti solutione. Einige Juristen sagen zwar, wer ein indebitum annehme, consentire praesumtive in die Zurückgabe. Aber das ist offenbar eine Spitzfindigkeit, und die angeführte L. 5. §. 3. D. de joblig. & action. sagt ausdrücklich: wer ein indebitum bezahle, thue es nicht animo *contrahendae* obligationis, sondern *distrahendae*; es liegt also hier kein Consens zum Grunde. Nur bey dem einzigen Quasicontract, der negotiorum gestione kommt der consensus praesumtus in Betrachtung, und ist ein Fundament der Verbindlichkeit.

§. 935. Verzeichniß der Quasicontracte.

Die unbezweifelte Quasicontracte, welche in diesem Titel vorkommen, sind 1) negotiorum gestio, 2) tutela, 3) hereditatis und 4) rei singularis communis administratio, 5) hereditatis aditio, 6) indebiti solutio. Die übrige Quasicontracte, welche in den Pandecten vorkommen, sind receptio in navem, cauponam, stabulum, (§. 1084.) curatio funeris, confinium agrorum, quorum fines confusi sunt; datio ob causam, quae non sequitur; datio sine causa, und litis contestatio. Einige rechnen auch dahin dationem ob turpem causam, aus welcher die condictio ob turpem causam entsteht; ja sie wollen auch die condictionem furtivam aus einem Quasicontract herleiten.

Aber

Aber andere leiten die condictionem ob turpem cauſam und condictionem furtivam ſchicklicher aus delictis, oder unmittelbar aus der Billigkeit her, und überhaupt iſt es noch ſehr zweifelhaft, ob man mehr als die ſechs oben benannte Quaſicontracte annehmen kann. (* 1)

(1) *Weſtenberg* de cauſ. oblig. diff. 2. cap. 3. n. 21. ſqq. **Weber** Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. S. 68. u. f. f.

§. 936. Von der negotiorum geſtione.

Die negotiorum geſtio iſt ein Quaſicontract, da ich des andern außergerichtliche Geſchäfte ohne Auftrag, ſeiner vermuthlichen Einwilligung wegen, zu ſeinem Vortheil und umſonſt, doch mit der Abſicht meine Unkoſten wieder zu fordern, beſorge. Alſo ſie ſetzt voraus, a) daß ich fremde Geſchäfte beſorge; daß ich b) dies ohne Auftrag thue, z. E. ein Freund iſt abweſend; in ſeinem Hauſe ſind einige dringende Reparaturen zu machen; ich laſſe ſie machen, ohne Commiſſion von ihm zu haben; doch iſt es zu vermuthen, daß der andere einwillige, d) ich beſorge auch die Geſchäfte auf ſolche Art, daß es dem andern nützlich iſt, und e) ich thue es umſonſt, verlange nichts für meine Mühe. Die hier vorkommende Perſonen ſind der *negotiorum geſtor*, welcher die fremde Geſchäfte beſorgt, und der *dominus negotiorum*, oder Principal, deſſen Geſchäfte beſorgt werden. Der negotiorum geſtor iſt von einem mandatario oder procuratore, desgleichen von einem defenſore leicht zu unterſcheiden. Der mandatarius hat einen Auftrag zu Beſorgung des Geſchäfts, der negotiorum geſtor nicht. Defenſor heiſt einer, welcher im Gericht für einen Beklagten erſcheint, und ihn vertheidigt, ohne Vollmacht vom Beklagten zu haben. Er beſorgt alſo gerichtliche Geſchäfte, der negotiorum geſtor außergerichtliche. Der defenſor muß auch cautionem iudicatum ſolvi, das heiſt Caution ſtellen, daß der Principal der richterlichen Sentenz, wann ſie gegen ihn ausfällt, ein Genüge thun werde, dieſe aber fällt bey dem negotiorum geſtore weg. Eine Weibsperſon kann negotia geriren, aber als defenſor im Gericht darf ſie nicht auftreten.

§. 937. Von den Erforderniſſen dieſes Quaſicontractes.

Die Erforderniſſe dieſes Quaſicontracts auf Seiten des negotiorum geſtoris alſo ſind 1) daß er das Geſchäft zum Vortheil des Principals beſorgen muß. Wann ich z. E. das Haus des abweſenden Freundes repariren laſſe, aber ſo daß die Reparatur nichts taugt, und er genöthigt iſt, was ich gemacht habe, wieder wegreiſſen zu laſſen: ſo iſt er mir zu keinem Koſtenerſatz verbunden. 2) Er muß daher auch mit dem Fleiße, der Aufmerkſamkeit und Vorſicht zu

Werk

Werk gehen, welche ordentliche Menschen beobachten, und ist daher verbunden, culpam levem zu prästiren. (*1) Wenigstens halte ich dies für die richtigste und billigste Meynung, und ich glaube nicht, wie andere, (*2) daß er culpam leviſſimam leiſten müſſe. Doch leidet dieſe Regel ihre Ausnahmen: Nemlich a) wann der negotiorum geſtor ſich zu dem Geſchäft, und andern, die es beſorgen wollten, vorgedrungen hat: oder wann es ein Geſchäft iſt, das ſeiner Natur nach den höchſten Grad von Fleiß nnd Aufmerkſamkeit erfordert; dann in dieſem Fall muß er culpam leviſſimam präſtiren. b) Wann die Noth erfordert, daß ich mich dem fremden Geſchäft unterzog, und die Sache ohne meine Theilnehmung zu Grunde gegangen ſeyn würde. Hier leiſte ich nur dolum und culpam latam. Z. E. wann ich bey einer Feuersgefahr einem ſeine Sachen ohne Auftrag von ihm zu haben, rette; aus Verſehen aber koſtbare Sachen liegen laſſe, und ſchlechtere in Sicherheit bringe: ſo kann der Eigenthümer deswegen keine Schadloshaltung von mir verlangen. Dann wann ich die ſchlechterere Sache nicht gerettet hätte: ſo wäre ſie auch verbrennt, und da man in einem ſolchen Falle nicht mit kaltem Blute und Ueberlegung handeln kann, ſo kann man nicht behaupten, daß ich in culpa lata ſey. c) Unternimmt der negotiorum geſtor etwas, wobey ein groſſes Riſico iſt, und welches der dominus negotiorum zu thun nicht gewohnt war: ſo muß er auch für den caſum ſtehen. Z. E. wann ich einem abweſenden Freunde ſeine Geſchäfte beſorge, und ohne Auftrag aus ſeiner Caſſe ein Lotterieloos kaufe, das Loos aber verliert: ſo muß ich den Schaden tragen, dann ich habe durch meine Schuld zu dieſem Schaden Gelegenheit gegeben. Nur in dem Fall, wann der dominus ſelbſt dergleichen mit Riſico verbundene Handlungen zu thun gewohnt war, iſt ein anderes zu behaupten. Z. E. wann der Abweſende das Loos ſchon gekauft hatte, und ich es nur renovirt habe: ſo muß er mir die Auslage erſtatten. Das zweyte Erforderniß auf Seiten des negotiorum geſtoris iſt, daß er animo obligandi, in der Abſicht ſeine Koſten und Auslagen wieder zu fordern, die Geſchäfte übernommen habe. Wann ich etwas zum Beſten eines Menſchen thue, in der Abſicht ihm eine Wohlthat zu erzeigen, ſo iſt es kein contractus negotiorum geſtionis. Z. E. ich nehme ein armes Kind in mein Haus, und gebe ihm den Unterhalt; ich laſſe einem abweſenden Freunde ſein Zimmer tapezieren, um ihm ein Geſchenk mit den Tapeten zu machen. ꝛc. Auf Seiten des Principals hingegen, deſſen Geſchäfte beſorgt werden, iſt 3) erforderlich, daß ſeine Einwilligung zu vermuthen war. Wenn ich etwas für einen andern thue, ohne daß ich ſeine Einwilligung mit Grund vermuthen konnte, z. E. einem Menſchen, der einen verſchabten Rock trägt, einen neuen beſtelle, einem der ſchlechte Fenſter in ſeiner Stube hat, beſſere machen laſſe: ſo

iſt

ist er mir zu nichts verbunden, wenn ihm meine Handlung gleich noch so nützlich, ist. Aus diesem Grunde kann auch der negotiorum gestor keinen Ersatz fordern, wenn er sich der Geschäfte eines andern gegen dessen ausdrückliches Verbot annimmt. Im Gegentheil kann man einen Blödsinnigen zur Entschädigung verpflichten, wenn man alle seine Geschäfte besorgt. Nur muß es in einem solchen Falle, und auf solche Art geschehn, daß der Blödsinnige, wofern er den Gebrauch seines Verstandes hätte, und von der Sache wüßte, wahrscheinlich einwilligen würde.

(1) *Giphanius* h. t. §. 1. *A. Faber* rat. ad Pand. L. 11. de negot. gest. *Franzk.* ex. 11. Qu. 7. *God. Lud. Mencken* Diss. de levi culpa a negot. gest. ordinario praestanda, in opusc. n. 21. *Io. Aug. Schneider* comment. negotiorum gestor ordinarie ad culpam levem obligatur. Cahlae. 1780. 4.

(2) Wie z. E. *Contius* ad L. 23. de R. I. *Vinn.* ad §. 1. J. h. t. *Cocceii* iur. controv. tit. de neg. gest. Qu. 7. *Püttmann* probabil. Libr. 1. Cap. 14. *Einert.* Diss. sub praesidio *Schottii* de negotiorum gestoris ad culpam leviss. praestandam obligatione (Lipsi. 1767.) §. 3.

§. 938. Von den Verbindlichkeiten aus diesem Quasicontract.

Die aus diesem Quasicontract entstehende Verbindlichkeiten sind auf Seiten des domini, daß er den negotiorum gestorem entschädige, alle Auslagen, in so fern sie nothwendig oder nützlich sind, und zwar mit Zinsen ersetze, und ihn von den übernommenen Verbindlichkeiten befreye. Z. E. wenn der negotiorum gestor mein Haus hat repariren lassen, und deswegen dem Zimmermann, Maurer, Dachdecker ꝛc. etwas schuldig geworden ist, so muß ich diese Schuld abtragen. Eine Belohnung für seine Mühe kann der negotiorum gestor nicht fordern. Denn diese kann nicht einmal der mandatarius verlangen, der doch einen ausdrücklichen Auftrag hat, (§. 925.) wie viel weniger der negotiorum gestor, der ohne Vollmacht handelt. So weit kann man den vermuthlichen Consens des Geschäftsherrn nicht ausdehnen, daß man annehmen könnte, er wolle dem negotiorum gestori auch einen Lohn für seine Bemühung geben.

Hingegen die Verbindlichkeit des Geschäftführers ist, daß er Rechnung ablege, also seine Kosten, Auslagen, Schäden specificire, und jeden Posten gehörig bescheinige. Wenn er nicht allein Ausgaben, sondern auch Einnahme gehabt hat, z. E. er hat das Haus eines abwesenden Freundes repariren lassen, darauf vermiethet, und das Miethgeld eingenommen, so muß er den Ueberschuß der Einnahme über die Ausgabe herauszahlen.

(1) Strube rechtl. Bed. 4. Th. 66. Seite.

§. 939. Klagen die aus der negotiorum gestione entstehen.

Der negotiorum gestor ist gleich Anfangs und wesentlich verbunden, das übernommene Geschäft fleißig und nützlich zu verrichten. Wegen einer solchen Verbindlichkeit aber wird actio directa angestellt. Also der dominus negotiorum stellt actionem negotiorum gestorum directam an. Hingegen er (der dominus negotiorum) wird nur zuweilen, zufälliger Weise verpflichtet; nemlich in dem Falle, wenn der negotiorum gestor Kosten gehabt hat. Daher stellt der negotiorum gestor actionem contrariam an.

§. 940. Von der actione negotiorum gestorum directa.

Die directa gehet also dahin, daß der negotiorum gestor oder seine Erben das Geschäft endigen, über Einnahme und Ausgabe Rechnung ablegen, den Ueberschuß mit Zinsen herauszahlen, und den dolo oder culpa lata, levi oder leviſſima verursachten Schaden ersetzen sollen. Ich sage culpa lata, levi oder leviſſima; denn daß nach Verschiedenheit der Fälle (pro modo gestionis wie der Autor sagt) eine verschiedene culpa präſtirt werde, haben wir §. 937. gehöret.

§. 941. Von der contraria.

Durch die contrariam hingegen sucht der negotiorum gestor seine Schadloshaltung, wenn er Auslagen gethan, Verbindlichkeiten für den Principal übernommen oder Schaden bey seiner Geschäftsführung erlitten hat.

§. 942. Von der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist, im Verhältniß gegen den Staat betrachtet, ein munus publicum, ein Dienst, den jeder Bürger dem Staate schuldig ist. Sieht man aber auf das Verhältniß zwischen dem Vormund und Pupillen: so ist sie ein Quasicontract. Der Vormund ist verbunden, den Pupillen zu erziehen, und sein Vermögen zu administriren, ist verbunden Rechnung abzulegen, und culpam levem zu präſtiren; der Pupill aber ist schuldig, den Vormund, wenn er Auslagen gehabt, oder Schaden gelitten hat, zu indemniſiren; und zu diesem allen sind beyde Theile eben so verbunden, als wenn sie desfalls mit einander contrahirt, es einander versprochen hätten; ob es gleich wirklich nicht geschehen ist. Hat ein Vormund sich zur Tutel gedrungen, oder unter mehreren Vormündern die Administration freywillig übernommen, so muß er culpam leviſſimam präſtiren. *L.* 53. §. 3. *D. de furt.* Aber was leisten die Erben des Vormundes für eine culpam? Die gemeine und in der

Praxis

Praxis angenommene Meynung, die auch in der Vernunft und der *L.* 1. *C. de hered. tut.* gegründet iſt, (*1) iſt, daß die Erben nur culpam latam ihres Erblaſſers zu leiſten haben. Denn es iſt ſchwer von eines andern Menſchen Handlungen Rechenſchaft zu geben; und es iſt zu vermuthen, daß wenn die Erben im Stande ſind, den Erblaſſer von dem Vorwurf einer culpae latae zu befreyen, er ſich ſelbſt auch von der culpa levi würde haben reinigen können. (*2)

(1) *Cocceji* iur. contr. Lib. 27. tit. 3. qu. 1. *Walch* contr. pag. 97.

(2) Anderer Meynung ſind *Thomaſius* in Diſſ. de culpa tutoris ab heredibus praeſtanda, in Diſſ. collect. Tom. 2. n. 51. und *Kern* Diſſ. de obligatione tutoris defuncti ex perſona heredis haud minuta, ſive ad L. 1. C. de hered. tut. Goett. 1782.

§. 943. Klagen aus der Tutel.

Die aus dem Quaſicontract der Tutel entſtehende Klagen ſind: *actio tutelae directa* und *contraria.* Da der Pupill gleich anfangs und allezeit ein Recht gegen den Vormund hat: ſo kommt ihm actio directa zu; dem Vormund aber, da er nur zuweilen und in der Folge einen Anſpruch gegen den Pupillen bekommt: ſo ſtellt er actionem contrariam an.

§. 944. Von der directa.

Die directam alſo ſtellt der Pupill nach geendigter Tutel gegen den Vormund oder deſſen Erben an, daß ſie nach einem zu Recht beſtändigen inventario, oder einer eydlichen Specification, Rechnung ablegen; alles, was dem Pupillen gehört, herausgeben, und den Schaden erſetzen ſollen, welcher culpa levi, (wenn die Klage gegen den Vormund ſelbſt angeſtellt wird;) oder culpa lata (wenn gegen die Erben geklagt wird;) dem Pupillen verurſacht worden iſt.

§. 945. Von der contraria.

Die contrariam hingegen ſtellt der Vormund gegen den Pflegbefohlnen an, wenn er Koſten und Auslagen gehabt; oder Schaden bey der Vormundſchaft gelitten; oder Verbindlichkeiten für den Pupillen übernommen hat. Er verlangt alſo, daß ihm die Auslagen mit Zinſen wieder bezahlt, der Schaden erſetzt, und er von den übernommenen Verbindlichkeiten befreyet werde. Heutiges Tags kann er auch auf die ihm gebührende Beſoldung klagen.

§. 946. Von der actione tutelae utili.

Die aus der Vormundschaft entstehende Klagen werden auch auf die curatores angewendet, und heissen alsdenn actiones utiles. Wenn also der Minderjährige gegen den Curator klagt, daß dieser Rechnung ablegen soll: so ist es *actio tutelae directa utilis*; und klagt der curator gegen den Minderjährigen auf Entschädigung: so ist es *actio tutelae contraria utilis*.

§. 947. Von der administratione hereditatis und rei singularis communis.

Der dritte und vierte Quasicontract sind *administratio hereditatis* und *rei singularis communis*. Man bemerke nemlich: 1) wenn eine Erbschaft noch unvertheilt ist, und einer der Miterben sie administriret: so ist er verbunden, sich mit ihm abzutheilen, und Rechnung abzulegen; und die andere Miterben sind schuldig ihn zu entschädigen, (ad praestationes personales adstringuntur;) gleichsam als ob darüber contrahirt worden wäre. 2) Auch wenn eine einzelne Sache mehreren Personen gemeinschaftlich gehört, und einer derselben die Sache administrirt: so ist er den übrigen zur Theilung und zur Rechnungsablage, diese aber ihm zur Entschädigung verbunden; ebenfalls so, als wenn sie desfalls mit einander contrahirt hätten. 3) Also die *administratio* hereditatis oder rei singularis sind quasi contractus. Die *communio* hereditatis und rei singularis sind iura in re, und keine Quasicontracte; es ist also unrichtig, wenn ihnen einige Juristen diesen Namen beylegen.

§. 948. Klagen, die daraus entstehen.

Aus der administratione hereditatis communis entsteht *actio familiae herciscundae*, aus der administratione rei singularis communis *actio communi dividundo*. Die erste dieser Klagen ist schon §. 708. erklärt, die letzte will ich hier beschreiben.

§. 949. Von der actione communi dividundo.

Diese Klage stellt ein socius in allgemeinem Verstande (das heist einer, dem eine Sache mit andern Personen gemeinschaftlich zusteht,) gegen den andern an, und zwar dahin, daß a) die gemeinschaftliche Sache vertheilt, die Gemeinschaft also aufgehoben werden; b) daß der socius, welcher bisher die Sache administrirt hat, Rechnung ablegen, den Ueberschuß herausgeben, und den der Sache zugefügten Schaden ersetzen, hingegen die übrigen Theilhaber ihm seine Kosten und Auslagen erstatten sollen.

§. 950. Welche culpam präſtirt ein socius dem andern.

Wir haben oben ſchon gehört, daß ein socius dem andern culpam levem in concreto leiſten müſſe, das heiſt, er iſt nur ſo viel Fleis auf die gemeinſchaftliche Sache zu verwenden ſchuldig, als er auf ſeine eigene Sachen zu verwenden pflegt, und erſt alsdenn, wenn er auf jene Sache weniger Aufmerkſamkeit verwendet hat, muß er den Schaden erſetzen. Die Urſache iſt, wer mit einem nachläſſigen Menſchen eine Societät ſchließt, oder in Gemeinſchaft bleibt, läßt ſich deſſen Nachläſſigkeit gefallen, und muß es ſich ſelbſten zuſchreiben, wenn er Schaden leidet.

§. 951. Von der Erbſchaftsantretung.

Der fünfte Quaſicontract iſt die Erbſchaftsantretung. Wer nemlich eine Erbſchaft antritt, macht ſich den legatariis und fideicommiſſariis ſtillſchweigends verbindlich, die legata und fideicommiſſa zu bezahlen. Sie können ihn alſo quaſi ex contractu belangen. Mit den Creditoren des Verſtorbenen hat der Erbe keinen Quaſicontract, wie ſich einige vorſtellen, denn die creditores klagen aus dem Factum des Erblaſſers directe gegen den Erben; ohne daß ſie nöthig haben, ſich auf einen Quaſicontract zu gründen. Sobald ich nemlich eine Erbſchaft antrete, werde ich und der Erblaſſer als Eine Perſon angeſehen, ſeine Verbindlichkeiten gehen alſo auf mich über, und werden als meine eigene angeſehen.

§. 952. Klagen aus dieſem Quaſicontract.

Aus der Erbſchaftsantretung entſteht daher eine Klage, welche *actio perſonalis ex teſtamento* heiſt. Sie wird von den legatariis und fideicommiſſariis gegen den Erben angeſtellt, daß er ihnen ihre Vermächtniſſe mit allem Zuwachs, und mit Zinſen vom Tage des Verzugs an, entrichten, und allen Schaden, den er daran culpa lata, levi oder leviſſima gethan hat, erſetzen ſoll.

§. 953. Von der ſolutione indebiti.

Endlich gehöret auch zu den Quaſicontracten die *indebiti ſolutio*. Wenn ich einem a) aus Irrthum etwas bezahle, was ich ihm b) nicht ſchuldig bin, und c) mein Irrthum Entſchuldigung verdient, auch d) der andere nicht einmal nach dem Naturrecht eine Forderung gegen mich hatte: ſo kann ich das bezahlte zurück fordern, eben ſo gut, als ob mir die Zurückzahlung verſprochen wäre, (quaſi contraxiſſem.)

§. 954. Weitere Erklärung dieses Quasicontractes.

Der Grund dieses Quasicontractes ist eine Zahlung, die ich aus einem excusablen Irthum geleistet habe. Daraus folgt: 1) wenn ich wissentlich etwas bezahle, was ich nicht schuldig bin, so kann ich es nicht zurück fordern, z. E. was ich einem Bettler gebe. (*1) 2) Wenn ich aus Unwissenheit der Gesetze etwas indebite bezahle: so kann ich es eben so wenig zurück fordern, denn die Unwissenheit der Gesetze verdient keine Entschuldigung. Ausnahmen dieser Regel sind: a) wenn ein Minderjähriger, ein Soldat, oder eine Weibsperson aus Unkunde der Gesetze ein indebitum bezahlen; denn ihnen ist erlaubt die Gesetze zu ignoriren. b) Wenn Jemand ein indebitum bezahlt, welcher de damno vitando certiret. Wenn ich nemlich mein Vermögen vermehren will: so sagen die Juristen: ich certire *de lucro captando*. Will ich aber nur eine Verminderung meines Vermögens abwenden, so sagt man, ich certire *de damno vitando*. Wenn z. E. Jemand eine Forderung an mich von meinem Vater her macht, dessen Erbe ich doch nicht geworden bin, und ich in der irrigen Meynung, ein Sohn müsse allezeit für seinen Vater haften, also aus Unwissenheit der Gesetze, diese Schuld bezahle: so kann ich das bezahlte zurück fordern; denn ich certire de damno vitando. Gesetzt aber der Erbe zahlt die Vermächtnisse aus, ohne die Falcidische Quart abzuziehen, weil er von diesem Recht nichts weiß: kann er die Quart zurück fordern? Nein, denn er will sich bereichern, sein Vermögen mit dieser Quart vermehren, (certat de lucro captando;) und in diesem Fall ist die Unwissenheit der Gesetze schädlich. 3) Wenn ich aus Unwissenheit eines Factums etwas indebite bezahle: so hat die condictio indebiti statt. Z. E. wenn ich nicht weiß, daß eine Summe, die man an mich fordert, schon bezahlt ist, sie also zum zweytenmal bezahle.

(1) Von diesem Fall ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er in der L. 26. pr. §. 1. et 2. sagt, daß einer, welcher von einem unverzinslichen Capital Zinsen bezahle, diese nicht als indebite bezahlt zurück fordern könne. Man s. *Ad. Dietr. Weber* commentat. de usuris indebite solutis, (Suerin. 1783. 8.) §. 17. sqq.

§. 955. Fortsetzung.

Was ich als ein indebitum zurück fordern will, muß 4) *naturaliter* indebitum seyn. Wenn ich nemlich einem etwas indebite bezahle: so sind drey Fälle möglich: (S. die 62. Tabelle.) a) ich bin es ihm weder nach den natürlichen noch nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, (*indebitum naturaliter et civiliter* tale,) b) ich bin es ihm nach den bürgerlichen Gesetzen schuldig, aber nicht nach den natürlichen, (*indebitum naturaliter, debitum civiliter*;)

ter;) c ich bin es schuldig nach den natürlichen, aber nicht nach den bürgerlichen Gesetzen, (*indebitum civiliter, debitum naturaliter.*) Im ersten Fall, wenn das indebitum naturaliter und civiliter tale ist, kann ich es repetiren; z. E. wenn eine Schuld abgetragen ist: so bin ich weder nach dem natürlichen noch bürgerlichen Recht schuldig, sie noch einmal zu bezahlen. Zahle ich also dennoch zum zweytenmal, so kann ich die bezahlte Summe condictione indebiti zurück fordern. Im zweyten Falle, wenn ich ein indebitum naturaliter, debitum civiliter bezahle, so war entweder die Schuld so beschaffen, daß ich mit Wirkung darauf belangt werden konnte, oder nicht. (§. 728.) Konnte ich wirksam darauf belangt werden: so hat keine condictio indebiti statt. Z. E. wenn der depositarius miserabilis das depositum abgeleugnet hat, und das duplum hat bezahlen müssen: so kann er es nicht zurück fordern. Hatte aber wegen der Schuld keine wirksame Klage statt: so kann condictio indebiti angestellt werden. Z. E. wenn ich einem etwas aus Furcht oder Zwang verspreche: so bin ich nach den strengen bürgerlichen Gesetzen es zu bezahlen schuldig. Die Römer hielten ein erzwungenes Pactum für gültig. (§. 1005.) Da aber dergleichen Verträge nach dem Naturrecht ungültig sind; einer, der daraus belangt wird, die exceptionem metus opponiren, und sich dadurch gegen die Klage schützen kann, mithin die Klage ohne Wirkung ist: so kann ich auch das, was ich vermöge eines erzwungenen Vertrags bezahlt habe, zurück fordern. Im dritten Fall muß man einen Unterschied machen: entweder ist die natürliche Verbindlichkeit von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich zernichtet, oder sie ist blos nicht bestätiget. Wenn sie ganz zernichtet ist: so hat die condictio indebiti statt, z. E. wenn eine Weibsperson das bezahlt, was sie aus einer Bürgschaft schuldig war: so kann sie es repetiren. Denn obgleich die Bürgschaft nach dem Naturrecht galt, also eine natürliche Verbindlichkeit zu zahlen vorhanden war: so ist doch diese von den bürgerlichen Gesetzen gänzlich destruirt. (§. 727.) Ist hingegen die natürliche Verbindlichkeit blos nicht confirmirt: so hat die condictio indebiti nicht statt. Wenn z. E. ein filius familias Geld borgt: so ist er nach dem Naturrecht schuldig, es wieder zu bezahlen. Die römischen Gesetze bestätigen zwar diese natürliche Verbindlichkeit nicht, aber sie zernichten sie doch auch nicht. Bezahlt also der filius familias das erborgte Geld: so kann er keine condictionem indebiti anstellen. (* 1)

(1) *Hert.* diss. de condictione indebiti civiliter, debiti naturaliter. Opusc. Vol. I. Part. 3. p. 94. sqq.

§. 956. Von der condictione indebiti.

Die condictio indebiti ist also die Klage, welche mir zusteht, wenn ich aus Irrthum eine Nichtschuld bezahle, gegen den Empfänger oder dessen Erben, und zwar dahin, daß sie das bezahlte mit Früchten und Nutzungen zurück geben sollen. Auf Zinsen kann diese Klage nicht gerichtet werden. Wenn ich z. E. vor zwey Jahren einem 1000. Thlr. indebite bezahlt habe: so kann ich diese Summe zurück fordern, aber keine zweyjährige Zinsen. Denn es wäre unbillig, wenn Jemand, der sich bona fide etwas hat bezahlen lassen, und keine Zinsen versprochen hat, dergleichen zahlen sollte. Andere sagen: die condictio indebiti war eine actio *stricti iuris*, und in dergleichen Klagen konnten keine Zinsen gefordert werden, wo sie nicht versprochen waren. Allein es ist ungewiß, ob die condictio indebiti unter die actiones stricti iuris gehöre. (* 1)

(1) Viele Juristen z. E. *Graff.* in collat. iur. rom. cum receff. Imp. sect. 6. §. 1. p. 276. *Lauterb.* coll. th. pr. tit. de cond. indeb. §. 29. *Stryk* us. mod. eod. tit. §. 2. *Gundling* diss. de usu pract. distinctionis actionum b. f. et stricti iuris, cap. 2. §. 29. *Berger* suppl. ad E. D. F. Part 1. Tit. 50. Obs. 5. behaupten, daß die condictio indebiti heutiges Tages auch auf Zinsen angestellt werden könne; wenigstens alsdenn wenn der Empfänger das Geld in seinen Nutzen verwendet habe. Aber man s. *Hommel* Rhapsod. Obs. 28.

§. 957. Von einigen andern verwandten Klagen.

Die condictio indebiti ist nicht zu verwechseln mit der condictione causa data causa non secuta. Diese condictio setzt folgenden Fall voraus: a) ich gebe Jemanden eine Sache; b) damit er mir etwas dagegen geben oder thun soll, (ob causam futuram;) c) welches er mit Ehren geben oder thun kann, (ob causam honestam;) d) ich erhalte aber das verlangte nicht, weil es der andere nicht leisten kann; oder e) der Vertrag reuet mich, und ich will daher lieber das meiner Seits gegebene wieder haben, als das vom andern versprochene Object; f) der Vertrag ist kein contractus nominatus. Wenn diese Hypothese statt findet: so kann ich das, was ich gegeben habe, zurück fordern, und diese Klage heist condictio causa data causa non secuta. Ich sage: der Contract ist kein *nominatus*. Wenn ich in einem benannten Contracte Jemanden etwas gebe, und er den Contract nicht erfüllt; so muß ich ihn auf die Erfüllung oder auf das interesse belangen. Hingegen in den ungenannten Contracten konnte ich das gegebene zurück fordern; und zwar, weil die Römer in diesem Contracte die Reue erlaubten, (§. 801.) selbst alsdenn, wenn der andere zur Erfüllung des Contractes bereit war. Heutiges Tags kann man der

Regel

Regel nach in dieser Art von Contracten nicht pönitiren. Die condictio causa data causa non secuta findet also um der blossen Reue willen nicht statt, sondern nur alsdenn, wenn der andere das Versprechen, in Rücksicht dessen ich ihm etwas gegeben habe, nicht halten kann oder nicht will.

Die condictio indebiti ist auch unterschieden von der condictione ob turpem causam. Diese Klage hat statt, wenn ich einem etwas gebe, damit er etwas schändliches thun soll, ohne daß ich selbst an der Schändlichkeit Theil nehme. Wenn ich nemlich etwas gebe, um eine schändliche Handlung zu thun: so weiß ich entweder a) daß die Handlung schändlich ist, und der Empfänger weiß es auch, (ego turpiter do et alter turpiter accipit;) oder b) ich weiß es allein, der Empfänger nicht, (ego turpiter do, alter honeste accipit; oder c) ich weiß es nicht, aber der Empfänger weiß es, (ego honeste dedi alter turpiter accepit.) Im ersten Fall, wenn wir beyde die Schändlichkeit der Handlung kennen, z. E. ich gebe einem Geld, um einen dritten zu injuriiren: so kann ich die condictionem ob turpem causam nicht anstellen; sondern das Geld wird confiscirt. Im zweyten Fall fällt die condictio ebenfalls weg; z. E. ich gebe einem Geld, um mir Contrebande Waaren ins Land zu bringen, und der andere weiß nicht, daß diese Waare in diesem Lande Contrebande ist. Im dritten Falle aber; wenn der accipiens allein weiß, daß er unerlaubt handelt; der Gebende hingegen glaubt, daß er etwas erlaubtes thue, z. E. wenn ein Bauer dem Beamten Geld giebt, damit sein Sohn nicht als Recrut ausgehoben werde, in der falschen Voraussetzung, daß der Beamte es verrechne: so hat die condictio statt. Endlich ist auch die condictio sine causa von der condictione indebiti unterschieden. Wenn Jemand etwas ohne rechtmässige Ursache besitzt, worauf ich Anspruch habe, und gleichwohl keine der vorigen Condictionen statt findet: so kann ich ihn condictione sine causa belangen; z. E. wenn ich Geld bey einem deponirt habe, und er es ohne meine Erlaubniß ausleiht: so kann ich gegen den Schuldner diese Klage anstellen. Oder man denke sich den Fall, daß ich Jemanden Geld auf eine Handschrift schuldig war; daß ich diese Schuld ablege; und nun doch die Handschrift nicht in Güte von ihm zurück erhalten kann. Hier fordere ich sie condictione sine causa zurück.

TIT. XXIX.

Per quas personas nobis obligatio adquiritur.

§. 958. Wer kann mir ein persönliches Recht erwerben?

Oben (im 2. B. 9. Titel) haben wir die Personen kennen gelernt, durch welche sich Jemand dingliche Rechte erwerben kann. Diese sind nemlich a) meine filii familias, b) meine Sclaven, c) meine Bevollmächtigte. Hier ist die Frage, welche Personen mir ein persönliches Recht erwerben, und eine Verbindlichkeit zuziehen können? Die Antwort ist wie in jenem Titel. Ein persönliches Recht kann ich a) durch meine *filios familias*, b) durch meine Sclaven, und c) durch einen Bevollmächtigten erwerben. Wenn z. E. mein Sohn, mein Sclave, mein Bevollmächtigter etwas kauft: so kann ich aus dem Kaufe klagen. Nach dem alten römischen Recht mußte mir der Bevollmächtigte zuvor iura cediren. Allein nach den neuen Gesetzen ist dies unnöthig, denn ich kann actionem utilem ohne Cession anstellen.

§. 959. Wer kann mir eine Verbindlichkeit zuziehen?

Auch Verbindlichkeiten können mir zugezogen werden durch meine *filios familias*, durch meine Sclaven und durch Bevollmächtigte. In welchen Fällen ich durch die Contracte meiner Kinder und Sclaven verpflichtet werden kann, werden wir im 7ten Theil des 4ten Buchs hören. Daß ich verpflichtet werde, wenn mein Bevollmächtigter seiner Vollmacht gemäß einen Contract schließt, haben wir im 932. §. gesehen.

De nonnullis quae pluribus contractibus communia sunt.

§. 960. Von der Evictionsleistung.

Noch einige Lehren sind übrig, welche die Contracte überhaupt angehen. Dahin gehört zuerst die Materie von der Evictionsleistung. Wenn ich

schuldig

schuldig bin, auf den A. ein Recht zu transferiren, ein dritter aber, B. dieses Recht gerichtlich in Anspruch nimmt, und den Proceß gewinnt: so sagt man, B. habe dem A. das Recht evincirt, abgestritten. Ersetze ich einem den Schaden, den er durch die Eviction leidet, so heist es, ich prästire ihm die Eviction, leiste ihm die Gewehr. Die Eviction ist also nicht immer, wie die gemeine Definition lautet, eine ablatio rei. Mir kann eine Sache evincirt werden, die ich nie besessen habe; z. E. ich kaufe einem eine Sache ab, die aber ein dritter im Besitz hat; ich stelle gegen diesen eine Klage an, verliere aber den Proceß. In diesem Falle ist mir die Sache nicht weggenommen, denn ich habe sie noch nicht gehabt, aber sie ist mir gleichwohl evincirt worden.

§. 961. Gründe, die Evictionsleistung zu fordern.

Wer von andern die Eviction geleistet haben will, muß dazu einen rechtlichen Grund haben. Dieser kann liegen 1) in der Natur des Geschäftes 2) in einem besondern Vertrage 3) im *dolo* des andern. Wir wollen diese rechtliche Fundamente nach der Reihe durchgehen.

§. 962. Und zwar deren erster.

Der erste Grund der Evictionsleistung ist die Natur des Geschäftes. So oft nemlich Jemand ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er ein gewisses Recht auf mich transferiren wolle, dergestalt, daß ich es haben und behalten solle, dieses Recht mir aber gleichwohl von einem dritten abgestritten wird: so kann ich die Evictionsleistung fordern. Daher kann sie gefordert werden a) im Kaufe. Denn wenn ich einem eine Sache verkaufe: so erkläre ich implicite, er soll sie haben, behalten und gebrauchen können. Eben so ist es b) bey dem Tausche, c) bey der Gebung an Zahlungsstatt; (§. 976.) d) bey der Theilung gemeinschaftlicher Sachen. Z. E. wenn zwey Miterben A. und B. eine gemeinschaftliche Erbschaft vertheilen, und A. das Wohnhaus annimmt, darauf aber ein dritter kommt, Anspruch an das Haus macht, und den Proceß gewinnt: so ist B. schuldig den A. zu entschädigen, schuldig ihm die Eviction zu leisten, e) bey der Vermiethung, z. E. wenn ich einem ein Haus auf fünf Jahre vermiethet habe, und ein dritter es binnen dieser Zeit evinciret: so muß ich dem Miethsmann die Gewehr leisten. f) Ja auch bey der Schenkung kann zuweilen die Evictionsleistung gefordert werden. Wenn ich nemlich einem eine Sache dergestalt schenke, daß ich sie ihm, ohne vorhergegangenes Versprechen, sogleich übergebe, so bin ich der Regel nach die Eviction zu lei-

sten nicht schuldig. Verspreche ich einem etwas zu schenken, ehe ich es übergebe, und zwar ein Individuum, z. E. diese meine Taschenuhr: so bin ich eben so wenig zur Evictionsleistung verbunden. Endlich wenn ich einem ein genus zu schenken verspreche, z. E. ein Reitpferd, nicht dies, jenes Reitpferd, sondern ein Reitpferd überhaupt, und ihm nun ein Stück übergebe, das nicht mein gehört, das ihm evincirt wird: so bin ich schuldig ein anderes zu substituiren. (* 1)

(1) *Io. Chrph. Koch* diss. de evictione in donatione non indistincte praestanda. Ien. 1756.

§. 963. Zweyter und dritter Grund.

Das zweyte Fundament, worauf sich die Evictionsleistnng gründen kann, ist ein Vertrag. Zuweilen liegt in der Natur des Geschäftes keine Verbindlichkeit zur Gewehrleistung, sie wird aber ausdrücklich versprochen. Wenn ich einem z. E. eine Sache ohne vorhergehendes Versprechen schenke: so kann er keine Eviction fordern, wie wir im vorigen §. hörten. Verspreche ich ihm aber die Evictionsleistung ausdrücklich: so hat er ein Recht darauf. Bey den Römern wurde dieser Vertrag in eine Stipulation eingekleidet, und man ließ sich auf den Evictionsfall den doppelten, dreyfachen oder vierfachen Werth der Sache versprechen.

Das dritte Fundament der Evictionsleistung ist *dolus*. Wenn ich nach der Natur des Geschäftes keine Eviction zu leisten schuldig bin, auch keine ausdrücklich versprochen habe, aber in dolo bin, das heist einem wissentlich eine fremde Sache als meine eigene übergebe: so muß ich Eviction leisten. Z. E. wenn ich einem eine Sache, von der ich weiß, daß sie nicht mein ist, ohne vorhergängiges Versprechen als ein Geschenk übergebe: so muß ich meines doli wegen die Eviction leisten.

§. 964. Von der Litis Denunciation.

Wenn ich will, daß mir mein Autor, das heist der, von welchem ich die Sache adquirirt habe, die Eviction leiste: so muß ich ihm *litem* denunciiren. Man versteht unter der Litis denunciation die Handlung, wodurch ich den, gegen welchen mir der Regreß zusteht, benachrichtige, daß ich gerichtlich belangt worden sey, und von ihm verlange, daß er mich gegen den Kläger vertheidigen helfe. Also sie setzt voraus, a) daß ich belangt werde; b) daß mir der Regreß gegen einen andern zusteht, das heist, daß mir ein anderer auf den Fall, wenn ich den Proceß verliere, allen Schaden ersetzen muß; c) daß ich diesem von dem

Proceß

Proceß Nachricht gebe, und seinen Beystand verlange. Z. E. ich habe vom A. ein Haus erkauft, B. nimmt dieses Haus als sein Eigenthum in Anspruch. Verliere ich den Proceß; so habe ich den Regreß gegen den A. dieser muß mich entschädigen. Ich mache ihm also bekannt, daß ich wegen des Hauses belangt worden sey, und fordere ihn zum Beystand auf; verlange, daß er mir Argumente an Hand gebe, wodurch ich beweisen kann, daß das Haus mein, und des Klägers Anspruch ungegründet sey.

§. 965. Von den Zinsen.

Sehr oft werden in den Contracten auch **Zinsen** gefordert. Man versteht darunter einen Lohn, den ich für den Gebrauch einer schuldigen Quantität bezahle, und zwar mit derselben Art von Sachen bezahle, dergleichen ich schuldig bin. Also die Zinsen setzen voraus, a) daß ich einem eine Quantität schuldig bin, z. E. eine Ohm Wein, hundert Thaler, zehn Malter Korn; b) daß ich ihm für den Gebrauch dieser Quantität eine Vergütung gebe. c) Daß diese Vergütung eine Sache von derselben Art sey, wie die schuldige Quantität; z. E. wenn ich Wein schuldig bin: so bestehen auch die Zinsen in Wein; bin ich Geld schuldig: so werden auch die Zinsen in Geld bezahlt ꝛc. ꝛc. Die Zinsen sind also eine Gattung von Früchten, und zwar von fructu civili. (§. 329.) Die Quantität, für deren Gebrauch ich Zinsen bezahle, heist sors, das **Capital**, der **Hauptstuhl**.

Bey den Zinsen kommt es auf drey Stücke an, 1) auf das gesetzliche **Fundament**, 2) die gesetzliche **Quantität**, 3) das gesetzliche **Maas**. Das Fundament der Zinsen liegt entweder in einem **Vertrage**, oder im **Verzuge** des Schuldners, oder unmittelbar in der **Verordnung** des Gesetzes.

§. 966. Fundamente der Zinsen.

Das erste Fundament der Zinsen ist also ein **Vertrag**. Die Römer distinguirten zwischen *stricti iuris* und *bonae fidei* **Contracten**. In jenen mußte der Vertrag durch eine Stipulation bekräftigt werden, in diesen aber war ein simples Pactum, das man dem Contracte sogleich anhängte, hinlänglich. Heutiges Tags sind alle Contracte bonae fidei, und wir haben keine Stipulation. Ein simpler Vertrag ist also in allen Fällen ein hinreichender Grund zur Zinsforderung.

Das zweyte Fundament der Zinsen ist *mora*. Doch distinguiren auch hier die Römer zwischen contractibus stricti iuris und bonae fidei. In einem stricti iuris Contract berechtigte mich die mora des Schuldners allein nicht,

Zinsen zu fordern. Auch im Darlehn konnte man aus diesem Grunde allein, keine Zinsen verlangen. Hingegen in den bonae fidei Contracten verpflichtete die blosse mora zur Zinszahlung. Heutiges Tags aber muß der Schuldner von einem Darlehn, sobald er in mora ist, Zinsen entrichten.

Endlich giebt es auch drittens Fälle, wo Jemand Zinsen zahlen muß, ob er gleich keine versprochen hat, auch nicht in mora ist. Der Käufer nemlich muß, sobald er die Früchte der gekauften Sache genießt, Zinsen vom Kaufschilling bezahlen, wenn er gleich keine versprochen hat, auch sich nicht in mora befindet, z. E. wenn ihm die Obrigkeit Arrest auf den Kaufschilling gelegt hat. Die Ursache ist, weil es unbillig wäre, wenn er die Früchte der Sache und den Nutzen des Kaufschillings zugleich geniessen wollte. (880.)

§. 967. Von der Quantität und dem Maas der Zinsen.

Ehe ich die gesetzliche Quantität der Zinsen bestimme, will ich die römische Benennungen erklären. Man bemerke also die Römer bezahlten die Zinsen gewöhnlich alle Monate. Sie hatten eine Münze, welche as hieß, denn ihr Pfund hieß as, (§. 488.) und die Assen wogen in den ältesten Zeiten ein Pfund, man nennte aber auch jedes ganze einen *as*. Den assem, sowohl das Pfund als die Münze, theilten sie in zwölf Theile. Einer dieser Theile hieß *uncia*, zwey Theile *sextans*, drey Theile *quadrans*, vier Theile *triens*, fünf Theile *quincunx*, sechs Theile *semis*, sieben Theile *septunx*, acht Theile *bes* u. s. w. (§. 488.) Daher entstehen die Namen der verschiedenen bey den Römern üblichen Procente, welche sich am besten in einer Tabelle werden darstellen lassen.

Das Capital besteht aus 100. Assen.

Wenn jeden Monat gezahlt wird:	so beträgt dies in 12. Mon. oder im ganzen Jahre:	Diese Zinsen heissen also:
1 *uncia* oder $\frac{1}{12}$ eines assis.	1 assem, oder 1 Procent.	foenus unciarium.
Sextans — $\frac{2}{12}$ — —	2 asses, — 2 —	usurae sextantes.
Quadr. — $\frac{3}{12}$ — —	3 — — 3 —	usurae quadrantes.
Triens — $\frac{4}{12}$ — —	4 — — 4 —	usurae trientes.
Quinc. — $\frac{5}{12}$ — —	5 — — 5 —	usurae quincunces.
Semis — $\frac{6}{12}$ — —	6 — — 6 —	usurae semissales.
Bes — $\frac{8}{12}$ — —	8 — — 8 —	usurae bessales.
Ein ganzer as, oder der 100. Theil des Capitals.	12 — — 12 —	usurae centesimae.

Die

Dieses voraus gesetzt, bemerke man weiter die Gesetze der zwölf Tafeln erlaubten nur foenus unciarium oder 1 Procent. Das Gesetz wurde aber nicht beobachtet. Man stieg mit den Zinsen bis auf 12 Procent. Nach Justinianeischem Recht sind in einigen Fällen zwölf, in andern nur acht, sechs, vier und drey Procent erlaubt. In Deutschland sind die usurae *ex mora* durch den Deputationsabschied vom Jahr 1600. §. 139. auf fünf Procent gesetzt, wenn jedoch der Glaubiger behauptet, daß sich sein interesse höher belaufe, so soll er mit dem Beweiß gehört werden. In dem jüngsten Reichsabschied §. 174. sind die Zinsen ex conventione ebenfalls auf fünf Procent eingeschränkt. Ob aber dieses Gesetz ganz allgemein, oder nur von den im dreyßigjährigen Krieg ruinirten Schuldnern zu verstehen, und ob heutiges Tags erlaubt sey, sich sechs Procent versprechen zu lassen, ist zweifelhaft. (* 1) An dem Reichskammergericht ist die Meynung angenommen, daß man sich nicht mehr als 5 Procent versprechen lassen könne. (* 2) Wer sich sechs stipuliret hat, und gegen den Schuldner klagt, muß in der Klagschrift auf den sechsten Zinsthaler renunciiren. Am Reichshofrath aber hält man es für erlaubt, sich sechs Procente versprechen zu lassen, (* 3) und dieses gilt auch in den meisten deutschen Provinzen. (* 4)

Das gesetzliche Maas der Zinsen besteht darinn: 1) daß sie das Capital nicht übersteigen dürfen. Wenn nemlich die Zinsen zusammen dem Capital gleich sind, so hört der Zinslauf auf. Z. E. ich habe im Jahr 1760. 1000 Thlr. auf 5 Procent erborgt. Diese Zinsen betragen im Jahr 1780. wieder 1000 Thlr. Von diesem Jahre an also hören die Zinsen auf, und ich kann keine mehr fordern. Nach der Nov. 121. ist die Regel allgemein; sie gilt sowohl in dem Fall, wenn der Schuldner die Zinsen abgetragen hat, als wenn sie aufgeschwollen sind. Aber nach der L. 10. C. cit. hat sie nur im letzten Falle statt, und da die Novelle nicht glossirt ist, so ist sie in der Praxis nicht angenommen. An dem Cammergericht wird weder auf die Novelle, noch auf L. 10. C. gesprochen, (* 5) denn der Satz, daß die Zinsen das Capital nicht übersteigen sollen, ist ganz vernunftwidrig. Auch bey vielen Reichsständischen Gerichten wird auf das römische Recht nicht erkannt. (* 6) 2) Darf man nicht Zinsen von Zinsen nehmen, oder wie es heist, keinen *anatocismum* begehen. Wenn mir z. E. Jemand im Jahr 1780. 1000 Thlr. Capital und 50 Thlr. Zinsen schuldig ist, so darf ich im Jahr 178[1]. von den 50 Thlr. keine Zinsen nehmen. Der Grund ist, weil ein armer Schuldner durch den anatocismum in ungeheure Schulden kommen, und ruinirt werden würde. Wenn z. E. Jemand einen Gulden borgt, wöchentlich zwey Heller Zinsen davor verspricht, und die

Zinsen-

Zinsen immer zum Capital geschlagen werden, so steigt die Schuld in zwanzig Jahren bis auf 2392. fl. (*7)

(1) *Ayrer* diss. de arbitrio iudicis circa usuras pecun. mutuatic. §. 13. Justinians merkwürdiges Gesetz, L. 26. C. de usur. erklärt ausführlich *Io. Strauch* in diss. de centesimis usur. et foenore unciario, in opusc. Hal. 1739. ed. part. 3. n. 3.

(2) Job. Gottfried von Meiern in s. Gedanken von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. Seite 165. u. f. f. zeigt umständlich, daß die Disposition dieses Gesetzes nicht allgemein sey. Ein ungenannter schrieb dagegen: Refutation der Meierschen Gedanken ꝛc. Diesem setzte v. Meiern entgegen: Antwort auf die sogenannte Refutation. Hannover 1734. 4. Für die Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers streiten auch *Henr. Bodinus* diss. de usuris licitis ultra quincunces, *Io. Tob. Reinharth* diss. de usurar. pravitate §. 16. *Ayrer* diss. cit. §. 14.

(2) v. Meiern am a. O. Seite 139. v. Cramer R. St. 80. Theil. 113. Seite. Doch kann auch an der Cammer, der sechste Zinsthaler, wenn er bezahlt ist, nicht condictione indebiti zurück gefordert werden. Cramer am a. O.

(3) v. Meiern S. 151. u. f. f.

(4) *Mev.* P. 4. Dec. 205. n. 8. *Stryck* us. mod. tit. de usur. §. 11. et in caut. contr. Sect. 2. cap. 1. n. 25. *Ayrer* diss. cit §. 14.

(5) *Cramer* Tom. I. Obs. 23. et Obs. 102.

(6) *Pufendorf* Tom. I. Obs. 14. Struben rechtl. Bed. 3. Th. 33. Bed.

(7) Estor deutsches Recht. 2. Band. 344. Seite.

§. 968. Vom Interesse.

Wir haben oben (§. 754.) gehört, daß der Schade entweder positiv oder privativ sey, und daß der privative auch lucrum cessans heisse. Hier muß ich noch eine zweyte Eintheilung des Schadens erklären. Entweder ist ein Schade schon für sich vorhanden, oder er folgt aus einem andern Schaden. Z. E. wenn mir Jemand mein Pferd tödtet: so verliere ich den Werth des Pferdes. Dieser Schaden ist für sich da. Nun kann ich aber z. E. meine Aecker nicht zu rechter Zeit ausstellen, ich kann meinen über das Pferd geschlossenen Miethcontract nicht halten u. s. w. Dieser Schaden folgt aus dem ersten, einige nennen ihn damnum emergens. Wenn man nun beydes, das damnum emergens und lucrum cessans anschlägt, und den Ersatz verlangt, so fordert man das *interesse*. Fügt mir jemand entweder dolo, oder culpa, oder mora Schaden zu: so kann ich das interesse verlangen. (*1)

Zwey

Zwey Klagen, die auf das interesse gehen, sind *condictio triticiaria*, und *de eo quod certo loco*. Wenn mir Jemand etwas aus einem bonae fidei Contract schuldig war: und es nicht zu rechter Zeit prästirte: so konnte ich aus dem Contract selbst auf das interesse klagen. Bey stricti iuris Contracten aber gieng dieß nicht an. Daher erfand der Prätor zu diesem Ende eine besondere Klage, welche condictio triticiaria heist (*2)

Mit der condictione de eo quod certo loco hat es folgende Bewandniß. Wenn mir Jemand in einem stricti iuris Contracte eine Sache an einem gewissen Orte zu liefern versprochen hat: so kann ich sie schlechterdings an keinem andern Orte fordern. Gesetzt also der Schuldner ist zur Lieferung bereit, aber ich werde verhindert, mir die Sache an dem bestimmten Orte liefern zu lassen. In diesem Falle kann ich anderwärts die Lieferung nicht verlangen. Oder gesetzt, der Schuldner liefert nicht an dem bestimmten, sondern an einem andern Orte. Wenn mir gleich diese Veränderung schädlich ist: so kann ich doch das interesse nicht fordern. Denn aus einem contractu stricti iuris kann ich nichts fordern, als was ausdrücklich ausgemacht ist. Der Prätor aber kam auch hier durch eine Klage, die condictionem de eo quod certo loco, zu Hülfe. Er erlaubte 1) die Sache vermittelst dieser Klage auch anderwärts, als an dem bestimmten Orte, zu fordern. Nur mußte ich alsdenn mich zu dem interesse loci erbieten, d. i. dem Schuldner den Schaden zu ersetzen, den er durch die Veränderung des Lieferungsortes leide. Der Prätor erlaubte auch 2) den Schuldner, welcher nicht an dem festgesetzten Orte geliefert hat, mit der condictione de eo quod certo loco auf das interesse zu belangen. Uebrigens hing die Bestimmung des interesse in beyden Fällen gänzlich vom Ermessen des Richters ab.

(1) *Paul. Wilh. Schmidt* diss. de damno emergente et lucro cessante §. 1.

(2) Entweder von einem Prätor Triticius, der sie erfunden hat, oder von den Anfangsworten des Edicts: triticum, vinum, oleum Beydes sind aber blosse Muthmassungen. Uebrigens haben von dieser Klage geschrieben *Io. Strauch.* diss. de condict. triticiaria, in opusc. Hal. ed. n. 23. *Io. Car. van Wachendorf* in diss. triad. diss. 2. p 201. sqq. und man zählt die Lehre davon, wegen der dunklen und widersprechenden Gesetze, unter die schwersten in den Pandecten.

TIT. XXX.

Quibus modis tollitur obligatio.

§. 969. Verschiedene Tilgungsarten der Verbindlichkeiten.

Wenn eine Verbindlichkeit getilgt wird: so hört sie entweder selbst nach dem strengen Recht auf, oder sie bleibt nach diesem Recht bey Kräften, und nur der Billigkeit wegen giebt man dem Verpflichteten eine Exception dagegen. Im ersten Fall sagt man obligatio *ipso iure*, im zweyten *ope exceptionis* sublata est.

Der Effect dieser Distinction ist, 1) wenn eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben ist: so entsteht keine Klage daraus; ist sie hingegen nur ope exceptionis getilgt: so kann man daraus klagen, aber der Beklagte kann sich mit einer Exception dagegen schützen. 2) Daher hebt sich eine Verbindlichkeit ope exceptionis auch nicht eher, als bis der verpflichtete die Exception im Gericht opponirt hat; hingegen wird eine Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben, so geschieht es von selbst, sobald der Umstand sich ereignet, der die Verbindlichkeit tilgt, ohne daß es nöthig ist, im Gericht den Umstand selbst anzuführen.

§. 970. Aufhebung der Verbindlichkeit ope exceptionis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ope exceptionis geschehen, sind gar mannigfaltig. Dahin gehört a) ein Testament. Wenn ich einem nemlich das vermache, was er mir schuldig ist, und der Erbe ihn auf die Schuld belangt: so kann er sich mit der exceptione testamenti schützen. b) Ein *pactum*; wenn ich einem seine Schuld durch ein pactum erlasse, und nachher dennoch darauf klage: so werde ich mit der exceptione pacti abgewiesen. c) Eine richterliche Sentenz. Wenn mich der Richter von einer Forderung absolvirt hat: so steht mir exceptio rei iudicatae dagegen zu. d) Der Eyd. Jemand formirt eine Forderung an mich; ich behaupte, daß ich nichts schuldig sey; er erklärt, daß er seine Prätension fallen lassen wolle, wenn ich die Schuld abschwören würde. Schwöre ich nun: so ist meine Verbindlichkeit ope exceptionis gehoben, das heist, wenn ich belangt werde, kann ich exceptionem iurisiurandi opponiren. e) Die Wiederherstellung in vorigen Stand, (restitutio in integrum.) Von dieser wird §. 1001. u. f. f. gehandelt werden.

§. 971.

§. 971. Arten, die Verbindlichkeiten ipso iure aufzuheben.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, welche ipso iure geschehen, sind zweyerley; durch einige können alle Gattungen von Verbindlichkeiten aufgehoben werden, durch andere nicht. Jene heissen *communes*, diese *proprii*. Die communes sind Zahlung; Abrechnung, (*compensatio*;) Confusion; Anbieten und Versieglung, (*oblatio et consignatio*,) Untergang der Sache, Novation, Präscription. Die proprii sind wieder zweyerley, entweder lassen sich dadurch nur die obligationes stricti iuris aufheben, d. i. die aus einem stricti iuris Contract entstandensind; (§. 751.) oder nur die obligationes bonae fidei, die aus einem contractu bonae fidei entspringen. Die obligationes stricti iuris werden aufgehoben durch die Acceptilation, die obligationes bonae fidei durch den *mutuum dissensum*.

§. 972. Von der Zahlung.

Der erste modus tollendi obligationes ipso iure talis ist die Zahlung, *solutio*. Dieses Wort hat mancherley Bedeutungen. Zuweilen versteht man jede Tilgungsart der Verbindlichkeit darunter; in dieser allgemeinen Bedeutung begreift es auch die Compensation, Oblation, Confusion, Gebung an Zahlungsstatt, u. s. w. Zuweilen wird darunter nur die Abtragung einer Geldschuld verstanden. Hier bedeutet es die wirkliche Leistung dessen, was man schuldig ist, an den Gläubiger, der sie annimmt. Ich sage a) die Leistung. Hierdurch unterscheidet sich die Zahlung von der Erlassung der Schuld und Confusion. Durch diese Tilgungsarten wird die Verbindlichkeit ohne Leistung aufgehoben. b) Die wirkliche Leistung. Bey der Compensation geschieht eine imaginäre Leistung. c) Dessen was man schuldig ist. Wenn ich statt dessen etwas anders prästire: so ist es datio in solutum, oder praestatio aestimationis. d) Der Glaubiger nimmt sie an. Dies geschieht bey der gerichtlichen Deposition nicht. (*[1])

(1) Die Hauptschriftsteller von dieser Materie sind Brissonius und Freyer. Des ersten Tractat de solutionibus ist zu Frankf. 1587. Fol. des letzten seiner 1660. in 4. zugleich mit dem Brissonius herausgekommen. Der Brissonische steht auch in des Verf. kl. Schriften. (Lugd. Bat. 1747. fol.) S. 113. u. f. f.

§. 973. Wer kann bezahlen und wem kann bezahlt werden?

Bey der Zahlung soll etwas prästirt und zugleich eine Verbindlichkeit aufgehoben werden. Daraus folgt erstens, daß nur der bezahlen kann, dem

die freye Administration seines oder eines fremden Vermögens zusteht. Ich sage seines oder eines fremden Vermögens. Daher kann der Bevollmächtigte für den Principal bezahlen, nur muß er entweder Specialvollmacht, Vollmacht zur Zahlung haben, oder ein allgemeiner Bevollmächtigter, (procurator universalis seyn, dem ich die Verwaltung aller meiner Geschäfte aufgetragen habe. Auch der Vormund kann Namens des Pupillen bezahlen.

Die zweyte Folge: man muß dem bezahlen, welchem man schuldig ist, oder seinem Specialbevollmächtigten, oder dem Verwalter aller seiner Geschäfte. Wie aber wenn ich dem A. 100 Thlr. zu bezahlen hätte, und A. dem B. eben diese Summe schuldig wäre, ich also das Geld dem B. bezahlte? Nach dem strengen Recht werde ich nicht von meiner Schuld gegen den A. frey. Wenn indessen die Forderung des B. an den A. liquid war, und A. von mir das Geld fordert, so kann ich ihn mit der exceptione doli abweisen. (* r)

(1) *Voet.* ad Pand. tit. de solut. §. 7. *Leyser* sp. 528. med. 3.

§. 974. Kann man für einen andern bezahlen?

Der Regel nach zahlt jeder selbst, was er schuldig ist. Indessen kann auch ein anderer Namens des Schuldners zahlen. Dahin gehört 1) der Bevollmächtigte. Dieser kann für den Principal zahlen. 2) Der negotiorum gestor. Er kann statt des domini negotiorum die Zahlung leisten. Ja ich kann auch 3) für einen zahlen, der es mir verboten hat. Man denke sich den Fall, daß Jemand sich heimlich entfernen und seine Schulden nicht bezahlen, sondern die Glaubiger (wie der academische Kunstterminus lautet) schwänzen will; daß ein Freund sich erbietet, für ihn zu zahlen, daß jener es aber untersagt, und der Freund demungeachtet die Schulden bezahlt. In allen diesen Fällen hat die Zahlung die Wirkung, daß die Schuld dadurch getilgt wird. Nur ist zu bemerken, daß wenn ich für Jemand, gegen seinen Willen bezahle, ich keinen Regreß gegen ihn nehmen, das ist nicht von ihm verlangen kann, daß er mir die Auslage erstatte; ausser vermittelst einer Cession vom Glaubiger. Ich muß mir nemlich die Rechte des Glaubigers an den Schuldner abtreten lassen, und nun als cessionarius gegen diesen klagen. Indessen kann mir der Schuldner die Einwendung machen, es sey ihm daran gelegen gewesen, daß die Schuld nicht bezahlt werde. Beweist er dieses, so fällt mein Regreß weg. (* s)

(1) L. 43. D. de negot. gest. L. 39. eod. L. 53. D. de solut. *Hert.* diss. de solutione pro alio facta, sect. 2. §. 7. in opusc. Vol. 2. Part. 3. p. 203. *Pufendorf* obs. Tom. 1. Obs. 130. p. 335.

§. 975.

§. 975. Wer kann nicht zahlen und wem kann nicht bezahlt werden?

1) Ein Blödsinniger, ein Pupill, ein Minderjähriger, können nicht zahlen, ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung. Denn wer bezahlt, veräussert, er verliert das Eigenthum dessen, was er bezahlt, die ebengedachte Personen aber sind nicht befugt, etwas von ihrem Vermögen zu veräussern. Man kann ihnen auch 2) nichts bezahlen ohne des Vormundes oder Pflegers Einwilligung, und ohne ein obrigkeitliches Decret; denn wer sich bezahlen läßt, verliert seinen Anspruch, und es ist zu besorgen, daß diese Personen, wenn sie die Zahlung empfangen, damit nicht gut haushalten werden. Die weitere Ausführung dieser Sätze ist schon §. 419. gegeben worden.

§. 976. Wie ist die Zahlung zu leisten?

Die Zahlung ist die Leistung dessen, was man schuldig ist. Daraus folgt, daß der Schuldner nicht befugt ist, dem Gläubiger statt des schuldigen Objects etwas anders aufzudringen. Wenn ich einem a) diese Sache schuldig bin, so darf ich ihm keine andere statt derselben aufdringen, und bin ich b) eine Summe Geld schuldig: so kann ich ihm nicht statt deren eine Sache aufdringen. Auch c) wenn ich ihm eine Sache schuldig bin: so kann ich ihn nicht zwingen, statt derselben Geld anzunehmen. Endlich d) kann ich einem auch statt einer schuldigen Sache; oder einer schuldigen Geldsumme gegen seinen Willen kein *factum* leisten. Im ersten und zweyten Falle, wenn ich nemlich einem statt der schuldigen Sache eine andere Sache, oder statt einer schuldigen Summe Geldes eine Sache, körperliche oder unkörperliche, gebe: so heist es die Gebung an Zahlungsstatt, *datio in solutum.* Diese also kann ohne die Einwilligung des Glaubigers nicht geschehen, ausser unter folgenden Umständen: (*1) wenn a) der Schuldner beweist, daß er kein Geld habe, b) daß er keine Güterstücke nicht um billigen Preis anbringen könne; wenn er ferner c) seine besten Sachen offerirt. Diese werden d) von der Obrigkeit taxirt, und der Schuldner muß e) die Eviction leisten. (*2)

2) Der Glaubiger ist der Regel nach nicht schuldig, Stückzahlung anzunehmen, sondern der Schuldner muß die ganze Schuld auf Einmal abtragen. Ich sage der Regel nach Ausnahmen sind: a) wenn die Schuld zum Theil noch illiquid ist. Denn jetzt kann der Schuldner den liquiden Theil bezahlen und verlangen, daß der übrige liquidirt werde. b) Wenn Jemand verschiedene Posten aus verschiedenen Fundamenten schuldig ist, *L. fin. D. quib. mod. pign. solv.* (*3) oder c) der Schuldner arm ist, und durch die Zahlung des ganzen völlig würde ruinirt werden. S. den angef. Reichsabschied. End-

lich d) wenn die Schuld durch die Gesetze selbst getheilt ist; wenn nemlich der Schuldner mehrere Erben hat, so bezahlt jeder nur pro rata. *L. 6. C. famil. herciſc.* (§. 812.)

Endlich 3) muß auch der Schuldner a) in der Quantität, b) an dem Orte, und c) zu der Zeit bezahlen, wo er zu zahlen verbunden ist. Thut er dies nicht, so ist er dem Glaubiger den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen schuldig.

Also in der gehörigen Qualität. Daher darf er in keinen Münzsorten zahlen, welche schon verrufen sind, oder doch bald werden verrufen werden. (*4) Wenn eine Münzveränderung vorgeht, so muß man so distinguiren, wie oben (§. 768.) in der Lehre vom Darlehn gezeigt worden ist. Es ist nemlich entweder etwas über die Münzsorten ausgemacht, oder nicht. Im letzten Fall ist die Münzveränderung entweder allgemein oder particulär. (*5)

Am gehörigen Ort. Entweder ist der Ort im Contract bestimmt, oder nicht. Ist nichts bestimmt, so muß der Schuldner fungible Sachen, z. E. Geld, Wein, an den Wohnort des Glaubigers liefern, andere Dinge aber liefert er da aus, wo sie zur Zeit des Contracts waren. (*6)

Zur gehörigen Zeit. Früher darf der Schuldner zahlen, aber nicht später. L. 29. D. de solut. Ist im Contract die Zeit gänzlich der Willkühr des Schuldners überlassen worden, so kann er gar nicht darauf belangt werden, sondern erst sein Erbe. (*7)

(1) Dieses ist in der Nov. 4. cap. 3. festgesetzt, und nachher im jüngsten Reichsabschiede, §. 172. bestätigt worden.
(2) *Sam. Stryk* diss. de beneficio dationis in solutum, in oper. Tom. 1. num. 9.
(3) Ein nach und nach entstandenes Waarenconto aber kann nicht als eine aus verschiedenen Posten bestehende Schuld angesehen werden. *Hellfeld* iurispr. for. §. 1928.
(4) *Leyser* Sp. 529. med. 19. 20.
(5) Schmidt in dem oben §. 768. angeführten Werk.
(6) *Lauterbach* coll. tit. de solut. §. 30. *Leyser* Sp. 528. m. 10.
(7) *Leyser* l. c. med. 3.

§. 977. Wirkung der Zahlung.

Die Wirkung der Zahlung ist die Erlöschung der Schuld. Sobald der Schuldner zahlt, ist er selbst seiner Verbindlichkeit los, die Bürgen sind frey, der Gläubiger muß die Pfänder zurück geben, und sein Recht auf die Hypotheken ist erloschen. Doch ist in Ansehung der Pfänder die Einschränkung nicht

nicht zu vergessen, die wir oben gehört haben: wenn ich einem mehrere Posten schuldig bin, und er wegen des einen ein Pfand hat, wegen des andern nicht: so ist er nicht eher schuldig, das Pfand heraus zu geben, bis ich die sämmtliche Schuldposten abgetragen habe.

§. 978. Von der Compensation.

Der zweyte modus tollendi obligationes communes ist die Compensation oder Abrechnung. Sie setzt a) eine wechselsweise Schuld voraus. A. war dem B. schuldig, nun wird B. dem A. ebenfalls etwas schuldig. b) Beyde Schuldforderungen sind unbedingt; und c) beyde liquid. d) Dieß eine ist von derselben Art, wie die andere. Daß sie von einerley Quantität sind, ist nicht nöthig; die eine kann z. E. 1000. Thlr. die andere nur 600. Thlr. betragen, und dennoch findet eine Compensation statt. Wenn alle diese Erfordernisse vorhanden sind: so heben sich die wechselsweise Schuldforderungen auf, und zwar von selbst, *ipso iure*, ohne daß die Interessenten etwas darüber zu verabreden nöthig haben.

Einige theilen die Compensation in *voluntariam* und *necessariam* ein. Necessaria ist die wahre Compensation, die ich definirt habe. Die voluntaria geschieht, wenn ich mit einem andern einen Vertrag schliesse, vermöge dessen ich ihm nicht zahlen will, was ich ihm schuldig bin, und er mir nicht zahlen soll, was er mir schuldig ist. Die necessaria erfordert, daß die beyderseitige Schuld von einerley Art sey; hingegen durch die compensationem voluntariam können Schuldigkeiten von verschiedener Art gehoben werden. Wenn ich z. E. einem ein Pferd, und er mir einen Ochsen schuldig ist: so können wir ausmachen, daß wir diese Verbindlichkeiten gegen einander aufheben wollen. Die necessaria geschieht ipso iure, die voluntaria durch einen Vertrag.

Die Compensation wird ferner von einigen Juristen in die *temporalem* und *perpetuam* eingetheilt. Die perpetua ist nur eine eigentliche Compensation; die temporalis ist nichts als eine Retention, von der ich oben §. 283. S. 208. gehandelt habe.

§. 979. Erfordernisse der Compensation.

Die Compensation erfordert eine wechselsweise Schuld. 1) Wenn ich also ein Verbrechen gegen den andern, und der andere eins gegen mich begeht, so können wir in Ansehung der öffentlichen Strafe nicht compensiren; denn die Verbindlichkeit zur Strafe hat ein Delinquent gegen die Republik, nicht gegen den Beleidigten. Wenn ich also z. E. einen verwunde, und er mich wie-

wieder verwundet, so werden wir beyde gestraft. (*1) Wenn beyde Ehegatten Ehebruch begehen: so werden beyde gestraft, und sie können sich nicht auf Compensation berufen. 2) Eine ungerechte Forderung ist so gut als gar keine; sie begründet also auch keine Compensation. 3) Gleiche Beschaffenheit hat es mit einem debito naturali destructo, wenn ich einem etwas nach dem Naturrecht schuldig bin, die bürgerlichen Gesetze aber diese natürliche Verbindlichkeit ganz zernichten; z. E. wenn ich einer Weibsperson aus einem Darlehn etwas schuldig bin, und sie mir etwas aus einer Bürgschaft schuldig wird: so hat keine Compensation statt. Denn die aus der Bürgschaft herrührende Verbindlichkeit einer Weibsperson ist von den bürgerlichen Gesetzen, vom SCto Velleiano völlig aufgehoben. Ist die natürliche Verbindlichkeit nicht ganz aufgehoben, sondern blos nicht bestätigt: so hat die Compensation statt. Z. E. wenn ich einem filio familias aus einem Kaufcontract, und er mir Geld aus einem Darlehn schuldig ist, so kann ich mich auf die Compensation berufen. Denn obgleich seine Verbindlichkeit, vermöge des SCti Macedoniani keine Klage producirt: so ist sie doch nicht völlig destruiret. 4) Die wechselsweise Schuld muß liquid seyn, d. i. wenn einer eine klare und unbezweifelte Forderung an mich macht, und ich dagegen eine an ihn formire, welche weder sogleich auf der Stelle, noch binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist, erwiesen werden kann, sondern eine weitläuftige Untersuchung erfordert: so muß ich bezahlen, und die Exception der Compensation hat nicht statt. Ich kann aber nachher meine Forderung einklagen, und meine Beweise beybringen. So ist die Regel zu verstehen, liquidi cum illiquido nulla est compensatio. Illiquid heist eine Schuld, die der Schuldner ableugnet. Wenn ich also geständiger massen dem andern etwas schuldig bin, und zugleich eine Forderung an ihn mache, deren er aber nicht geständig ist: so kann ich mich mit keiner Compensation schützen, sondern ich muß meine Schuld bezahlen, und meine angebliche Forderung beweisen. 5) Bin ich dem andern etwas sogleich und unbedingt schuldig, er mir aber erst nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung: so kann ich mich auf keine Compensation berufen, ich muß bezahlen, was ich schuldig bin, und mit meiner Forderung warten, bis der Zahlungstermin erscheint, oder die Bedingung erfüllt wird. 6) Die Schuldposten müssen von einerley Art seyn. Wenn ich einem also a) ein individuum schuldig bin, und er mir ein genus, z. E. ich bin ihm ein gewisses bestimmtes Pferd schuldig, er mir eine Ohm Wein: so fällt die Compensation weg. Wir können einen Vertrag schliessen, daß ich das Pferd, und er den Wein behalten soll, aber das ist keine wahre Compensation, keine compensatio necessaria die ipso iure geschieht. Eben so wenig hat b) die Compensation statt, wenn ich dem andern ein

indivi-

individuum schuldig bin, und er mir ein anderes, z. E. ich ihm dieses Pferd, er mir diesen Garten, oder c) wenn ich ihm ein genus und er mir ein anderes genus schuldig ist; z. E. ich ihm 100 Thlr. er mir eine Ohm sechs und sechziger Hochheimer Wein.

(1) *Sixt. Iac. Kapf.* diss. de compensatione circa maleficia vel quasi, (Tub. 1778.) §. 15. sqq.

§. 980. Wirkungen der Compensation.

Die Compensation ist eine Aufhebung der Schuld, und zwar eine solche, die ipso iure geschieht. (*1) Sie hat daher 1) dieselbe Wirkungen, wie die Zahlung, der Schuldner wird frey, die Bürgen werden ihrer Verbindlichkeit los, die Pfänder müssen zurück gegeben werden, der Zinsenlauf hört auf u. s. w. 2) Von dem Augenblicke an, da die wechselsweise Schuldforderungen existirten, erlöschen sie entweder beyde völlig, oder die eine wird quoad concurrentem summam vermindert. Sie erlöschen völlig, wenn sie von gleicher Quantität sind, z. E. wenn ich einem 100 Thlr. schuldig bin, und er mir eben so viel schuldig wird: so sind beyde Schuldposten erloschen. Wenn die eine Schuld aber grösser ist, als die andere: so wird nur die concurrente Summe getilgt, das heist von der grösseren geht so viel ab, als die kleinere ausmacht. Z. E. ich bin einem 1000 Thlr. schuldig gewesen, nun wird er mir 600 Thlr. schuldig. In diesem Fall geht von der grösseren, von den 1000 Thlr. die concurrens summa, das heist, die Summe der kleineren Schuld, die Summe von 600 Thlr. ab.

Nach dem alten römischen Recht war ein Unterschied zwischen den contractibus bonae fidei und stricti iuris. In den bonae fidei Contracten wurde die wechselsweise Schuld ipso iure durch die Compensation getilgt, in den stricti iuris Contracten aber mußte man sich der exceptionis doli bedienen, das heist, wenn mich Jemand aus einer Schuld belangte, die durch Compensation getilgt war: so opponirte ich ihm die exceptionem doli mali. Allein dieser Unterschied ist in den neuen Gesetzen aufgehoben worden.

(1) Die Gesetze, §. 30. I. h. t. L. 4. C. de compensat. sind ganz deutlich. Indessen sind verschiedene Juristen anderer Meynung. S. *Vasquii* controvers. illustr. us. frequent. lib. 3. cap. 64. n. 7. p. m. 243. sqq.

§. 981. Von der Confusion.

Der dritte modus tollendi obligationes communis heist *confusio.* (S. die 63. Tabelle.) Zuweilen kommen Rechte und Verbindlichkeiten in einer Per-

son zusammen, die zuvor auf verschiedenen Personen ruheten. Dieses trägt sich auf mancherley zu. a) Zuweilen treffen zwey iura *in re*, die einander relativisch entgegen gesetzt sind, in einer Person zusammen, z. E. die Proprietät und der Nießbrauch. Der proprietarius kauft den Nießbrauch an sich, oder der usufructuarius erwirbt sich die Proprietät. (§. 378.) In diesem Fall hören beyde Rechte auf. Manchmal b) geschieht diese Concurrenz bey dem iure *ad rem*; und alsdenn kommt entweder Recht und Verbindlichkeit zusammen, oder Principalverbindlichkeit und accessorische. Recht und Verbindlichkeit treffen zusammen, wenn der Glaubiger stirbt, und der Schuldner sein Erbe wird, oder wenn der Schuldner stirbt, und der Glaubiger ihm succedirt, oder endlich, wenn beyde sterben, und ein dritter sie erbt. In allen diesen Fällen hört das Recht und die Verbindlichkeit auf, da niemand ein Recht gegen sich selbst haben kann. Die Principal- und accessorische Verbindlichkeit kommen zusammen, wenn der Bürge Erben des Schuldners, oder der Schuldner Erbe des Bürgen oder ein dritter Erbe von beyden wird. In diesen Fällen erlischt die accessorische Verbindlichkeit, die principale bleibt bestehen.

§. 982. Von der sollennen Deposition.

Auch durch die sollenne Deposition kann eine Schuld aufgehoben werden. Sie setzt voraus, daß ich einem etwas schuldig bin und a) ihm wirklich nicht blos mit Worten, b) die ganze Schuld, c) zur rechten Zeit, d) am gehörigen Orte, e) in den schuldigen Münzsorten anbiete; f) daß er die Annahme aus nichtigen Ursachen verweigert, g) ich ihn citiren lasse ad videndum deponi. h) In dem angesetzten Termin versiegle ich die Sache und i) deponire sie alsdenn im Gericht oder an einem dritten sichern Ort, den die Obrigkeit wählt. Also drey Handlungen gehören zu diesem modo tollendi obligationes: oblatio realis, obsignatio und depositio. Wenn einer daran fehlt: so heist es depositio minus solennis, und diese hat der Regel nach die Wirkungen der sollennen nicht.

§. 983. Wirkungen derselben.

Nemlich die sollenne Deposition wirkt so viel, daß 1) der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey wird, also auch der Zinsenlauf hört auf; die Bürgen und Pfänder werden frey. 2) Daß der Schuldner die Gefahr der deponirten Sache nicht mehr auf sich hat. Wenn sie z. E. gestohlen wird: so muß der Glaubiger den Schaden tragen. In einigen Fällen hat die nicht

feyerliche

feyerliche Depoſition ſtatt. Nemlich 1) giebt es Fälle, wo die wirkliche Oblation allein ohne Depoſition hinreichend iſt. Dahin gehört der Fall in der L. 9. §. 1. D. und L. 9. C. de uſur. Ich habe einem geringere Zinſen verſprochen, z. E. drey Procent, aber auf den Fall, wenn ich ſie nicht jedesmal auf den geſetzten Tag zahlen würde, mich zu höheren, z. E. zu vier Procent verbindlich gemacht. Hier hat die Oblation allein den Effect, daß ich von der Verbindlichkeit zu höheren Zinſen frey werde. 2) Kommen Fälle vor, wo die Verſiegelung und Depoſition, ohne vorhergegangene wirkliche Oblation hinreicht, und alle Wirkungen der ſollennen Depoſition hat. Dies geſchieht a) wenn ich dem Schuldner nicht mit Sicherheit zahlen kann, weil er z. E. minderjährig, und noch kein Curator beſtellt iſt; b) wenn ich nicht weiß, an wen ich zahlen ſoll, weil mehrere über das ius crediti ſtreiten; c) wenn mir der Richter auf die Sache einen Arreſt gelegt hat; ich alſo dem Schuldner nicht zahlen darf. Endlich giebt es 3) Fälle, wo die Oblation nicht wirklich zu geſchehen braucht, ſondern die verbalis oblatio einige Wirkungen der ſollennen Depoſition hat. Dies geſchieht a) wenn ich ſelbſt nicht weiß, was ich ſchuldig bin, weil keine Abrechnung geſchehen iſt, z. E. in der Societät. Hier iſt es nun den Zinſenlauf zu hemmen genug, daß ich mich zur Abrechnung offerire. b) Wenn ich eine unbewegliche Sache ſchuldig bin. Habe ich dieſe dem Glaubiger mit Worten angeboten, und darauf derelinquirt, ſo ſie es aus meiner Gefahr. (* 1)

(1) *Zanger* de except. Part. 3. Cap. 2. n. 147. ſqq. *Schulzen* tract. de oblat. conſignat. et depoſit. rei debitae Cap. 6. et 7.

§. 984. Vom Untergang der Sache.

Wenn ich einem etwas ſchuldig bin, und die Frage entſteht, ob ich durch den Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit frey werde: ſo ſind nach der 64. Tabelle folgende Fälle zu unterſcheiden. Der erſte: ich bin eine ſpeciem, der zweyte; ich bin ein genus oder quantitatem ſchuldig. Im erſten Fall, wenn ich einem eine ſpeciem ſchuldig bin, und dieſe durch Zufall zu Grund geht: ſo iſt meine Verbindlichkeit aufgehoben. Denn wir haben oben (§. 761.) die Regel gelernt: ſi ſermo eſt de re ex contractu danda, caſum ſentit is, cui res debetur; oder welches einerley iſt: debitor ſpeciei liberatur caſuali interitu rei, und dieſe gründet ſich auf das Axiom des Naturrechts: zu etwas unmöglichem iſt Niemand verpflichtet. Im letzten Fall aber gehen entweder alle Individuen, die zu dem Geſchlecht gehören, zu Grunde, oder nicht. Gehen ſie alle zu Grunde: ſo iſt meine Verbindlichkeit

erloschen. Z. E. wenn ich einem ein Gemälde von einem Meister versprochen hätte, von dem nur drey Stücke existirten, und diese drey giengen durch Zufall zu Grunde; so wäre ich von meiner Schuld befreyt. Der Grund bleibt der vorige: zu unmöglichen Dingen ist Niemand verbunden. Gehen aber nur einige von den Individuen zu Grunde: so bin ich nicht frey, denn ich kann und muß eins von den übrigen prästiren. Dies will die Regel sagen: genus et quantitas perire non censentur. (*1)

(1) *Io. Aug. Reichardt* diss. de casu obligationem tollente. Ien. 1767.

§. 985. In welchen Fällen der Untergang der Sache den Schuldner nicht befreyet.

Zuweilen muß Jemand den casum prästiren, das heist den Schaden, den ich durch einen casum leide, mir ersetzen; und dies aus dem Grunde weil er entweder in mora oder in culpa ist. Der Untergang der Sache befreyet also den Schuldner nicht, wenn er sich in mora befindet; sofern es nemlich eine schädliche mora ist, die etwas dazu beygetragen hat, daß die Sache zu Grund gegangen ist. Exempel habe ich oben (§. 760.) gegeben. Eben so wenig wirkt der Untergang der Sache die Aufhebung der Verbindlichkeit, wenn der Schuldner in culpa, der casus also nicht merus, sondern mixtus ist. Nur muß es ein Grad von culpa seyn, der in vorliegendem Falle zu prästiren ist. Wenn z. E. meine Sache bey dem Verkäufer zu Grunde geht, und er hat nur culpam leviſſimam dabey begangen: so steht er für den casum nicht; denn er prästirt nur culpam latam und levem. (§. 871.) 4) Ein Dieb und Räuber wird durch den Untergang der gestohlnen oder geraubten Sache nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den Eigenthümer zu entschädigen, denn er ist, wie die Juristen sagen, in perpetua mora. Von dem Augenblicke an, da er die Sache stahl oder raubte, war er schuldig sie zurück zu geben, von diesem Augenblicke also an war er in mora.

§. 986. Von der Novation.

Die Novation ist der sechste modus tollendi obligationes communis ipso iure. In weitläuftigem Sinn nemlich heist Novation jede Veränderung, welche mit einer Verbindlichkeit vorgeht. Sie ist zweyerley: wenn durch eine Stipulation die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an deren Stelle gesetzt wird: so heist sie die eigentliche Novation (*novatio privativa.*) Wenn aber die erste Verbindlichkeit in ihrem Wesen bleibt, und neue Eigenschaften

schaften bekommt, so ist es Novation in uneigentlicher Bedeutung, (*novatio cumulativa.*)

§. 987. Eintheilungen derselben.

Die novatio cumulativa ist entweder eine nothwendige oder freywillige. Die nothwendige geschieht vermöge der gesetzlichen Vorschrift von selbst, (ipso iure;) die freywillige aber gründet sich auf einen Vertrag. Jene wird durch die Litis Contestation bewirkt, und es hat damit folgende Bewandniß. Wenn bey den Römern einer den andern vor dem Prätor belangte, dieser einen Commissarius: (iudicem pedaneum.) zur Untersuchung der Sache bestellte, und die Partheyen declarirten, daß sie diesen Commissarius annehmen, und sich seiner Entscheidung unterwürfen: so hieß diese Erklärung litis contestatio. Sie hatte einige Wirkungen, vermöge deren man sie als eine Novation ansahe. Nemlich 1) eine Pönalklage konnte nicht gegen den Erben des Delinquenten angestellt werden. (§. 1194.) Wenn ich aber den Delinquenten selbst belangte, litem mit ihm contestirte, und er nun starb: so gieng der Proceß gegen die Erben fort. 2) Die Temporalklagen werden durch die Litis Contestation in perpetuirliche verwandelt. Eine perpetuirliche Klage (actio perpetua) heist nemlich die, welche binnen dreysig oder mehr Jahren angestellt werden kann; *actio temporalis* welche kürzere Zeit dauert. (§. 1183.) Stelle ich nun eine Temporalklage an, und lasse sie nach der Litis Contestation liegen: so kann ich binnen dreysig Jahren den Proceß wieder fortsetzen, und wenn ich eine perpetuirliche angestellt habe: so kann ich dies binnen vierzig Jahren thun.

Die novatio cumulativa voluntaria kommt in folgenden Fällen vor. 1) Wenn ich einem aussergerichtlich über eine Forderung, die er an mich macht, ein Eyd deferire, und er ihn abschwört: so muß ich bezahlen, gesetzt auch, daß er falsch geschworen hätte. Bey uns aber kommen solche aussergerichtliche Eyde höchst selten oder nie vor. 2) Bey der Conventionalstrafe. Man heist nemlich Conventionalstrafe eine Sache, die ich auf den Fall verspreche, wenn ich einen Vertrag nicht erfüllen werde. Sie kann auf dreyerley Art festgesetzt werden; a) so daß der Promissar die Wahl hat, ob er die Erfüllung des Vertrags oder die Strafe fordern will; b) dergestalt; daß er, im Fall das Hauptobject nicht geleistet wird, allein auf die Strafe soll klagen können; endlich c) so, das er beydes, die Erfüllung des Hauptvertrages und die Strafe verlangen kann, ut *rato manente pacto*, *poena debeatur*.

Eine famose Streitfrage ist: an per stipulationem poenalem novetur obligatio, nemlich privative oder sensu proprio novetur? Zu deren Beurtheilung bemerke man: Erfüllung des Hauptvertrages und Strafe zusammen kann der Promissar nicht fordern, wenn es nicht ausbedungen ist. (*1) Darüber aber wird gestritten, ob im Fall der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Gläubiger nun auf die Conventionalstrafe allein klagen müsse, oder ob er auch noch die Erfüllung des Hauptvertrages fordern könne; kurz also, ob es von ihm abhänge, was er verlangen wolle, Conventionalstrafe, oder Erfüllung des Vertrages. Dieß will die Frage sagen: an stipulatione poenali novetur obligatio. (*2) Ich halte es mit denen, welche sie verneinen, also behaupten, daß der Promissar, wofern nicht etwas anders ausgemacht ist, klagen kann worauf er will. (*3)

(1) L. 10. §. 1. D. de pact. L. 14. C. eod. *Vinn.* ad §. fin. I. de verb. oblig.

(2) *Alciat.* ad L. 115. §. 2. de verb. oblig. in oper. (Basil. 1582. fol.) Tom. 2. p. 808. sagt man habe dreyzehn verschiedene Meynungen darüber.

(3) L. 115. §. 2. D. de verb. oblig. L. 122. §. 2. eod. *Hunnii* resolut. lib. 3. tract. 4. quaest. 9. *Beyma* tract. de poenal. stipulat. cap. 3. *Lauterback* diss. de poena convent. cap. 9. *Hellfeld* diss. de effectu poenae convent. sponsal adiect. §. 26. in opusc. p. 388. Die Hauptschwierigkeit macht L. 44. §. 6. D. de obligat. et act. Man sucht sie auf mancherley Weise zu heben. Mir gefällt die am besten, welche *Voet.* ad Pand. tit. de verb. oblig. n. 4. anführt.

§. 988. Von der eigentlichen Novation.

Die wahre und eigentliche Novation, novatio privativa ist bey den Römern eine Stipulation, wodurch die alte Verbindlichkeit aufgehoben, und eine neue an ihre Stelle gesetzt wird. Also sie mußte durch Stipulation geschehen. In Deutschland geschieht sie durch einen Vertrag, der mit jeden beliebigen Worten kann geschlossen werden. Die Wirkungen dieser Novation sind dieselbe, welche die Zahlung hervor bringt. Die alte Verbindlichkeit wird aufgehoben; also nicht nur der Schuldner, sondern auch die Bürgen und Pfänder werden frey. Wenn ich z. E. einem eine Schuld aus einem Darlehn schuldig war, und ihm desfalls eine Hypothek bestellt hatte, diese Schuld aber durch Novation in eine andere verwandle, ohne die Hypothek zu erneuern, so ist sie erloschen. Auch wenn der Glaubiger wegen der alten Forderung ein besonderes Privilegium, Vorzugsrecht u. d. gl. hatte, so geht es durch die Novation verloren. (*1) An manchen Orten haben z. E. die Erbgelder, (*pecunia hereditaria*,) was ein Miterbe bey der Erbtheilung wegen übernom-

mener

mener liegender Güter an die andern heraus zahlen muß, ein besonderes Vorzugsrecht im Concurs. Wenn aber ein Miterbe dieses Geld bey dem andern, der es zu zahlen hat, als ein Darlehn stehen, sich eine Schuldverschreibung darüber ausstellen, Zinsen davon versprechen läßt, so verliert er seine Vorzugsrechte.

Diese eigentliche oder privative Novation ist entweder mit einer Delegation verbunden, oder nicht.

(1) L. 9. L. 29. D. de novat.

§. 989. Von der Novation ohne Delegation.

Ohne Delegation geschieht die Novation, wenn der vorige Schuldner und Glaubiger bleiben, und nur die Obligation geändert wird. (*1) Dahin gehört: 1) wenn man das ganze Fundament der Verbindlichkeit aufhebt, und ein neues substituirt; z. E. ich bin einem 1000 Thlr. aus einem Kaufcontract schuldig, und gebe ihm eine Verschreibung, worinn ich bekenne, diese 1000 Thlr. von ihm vorgeschossen erhalten zu haben, verwandle also die Schuld aus dem Kaufe in eine Schuld aus einem Darlehn. 2) Wenn man die zufällige Bestimmungen der Verbindlichkeit, Zeit, Ort, Bedingung, ändert. Ich war einem z. E. 1000 Thlr. auf Ostern 1780. schuldig, und wir verlängern den Zahlungstermin bis Pfingsten; oder ich war einem die Waare in Frankfurt zu liefern schuldig, und verspreche nun sie in Hamburg zu liefern; oder ich war nur bedingungsweise verbunden, und verpflichte mich jetzt unbedingt. 3) Wenn zwar weder das Fundament, noch die zufällige Bestimmungen der vorigen Verbindlichkeit ausdrücklich geändert werden, aber doch die Absicht eine Novaeion vorzunehmen, (animus novandi,) deutlich erklärt wird. Dahin gehört a) wenn ich eine alte z. E. im Jahr 1770. ausgestellte Handschrift zurück nehme, und dagegen eine neue unter dem Datum 1780. ausstelle; b) wenn ich über eine Forderung transigire. Wenn nemlich Jemand an mich eine Forderung macht, die ich ableugne, und wir endlich einen Vertrag schließen, vermöge dessen ich einen Theil bezahle, und er den andern Theil nachläßt: so ist *transactio*, ein Vergleich vorhanden. In diesem Vergleich liegt eine Novation, denn die erste Verbindlichkeit wird aufgehoben.

Noch merkt der Autor an, daß einer, der Willens ist, eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der alten zu setzen, diese Absicht deutlich erklären muß. Denn thut er dies nicht, so bleibt die alte Verbindlichkeit bey Kräften, und die neue ist auch gültig, er ist also zweymal verbunden. (*2) Z. E. wenn ich einem zwey Handschriften, eine über 600. die andere über 400. fl. ausstelle;

ausstelle: so muß ich mir die ältere zurück geben lassen, oder in die neue setzen, daß jene erloschen seyn sollten. Denn sonst kann ich aus allen dreyen belangt werden.

(1) Die alte Juristen stritten sehr darüber, ob der animus novandi durch Vermuthungen erwiesen werden könne, und welche Vermuthungen dazu hinreichten? Diesen Streit zu entscheiden, gab Justinian die merkwürdige Verordnung, L. ult. C. de novat. (VIII. 42.) sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, *quod secundum magis pro anteriori elegerint.*

(2) *Faber* ad Cod. tit. de transact. def. 2. *Gundling* diss. de transact. stabilit. §. 33. in exerc. p. 344. Anderer Meynung sind *Lyncker* in commentar. ad pand. pag. 422. und *Stryk* us. mod. tit. de transact. §. 4.

§. 990. Von der Delegation.

Die **Delegation** ist ein Vertrag, wodurch ein neuer Schuldner mit seiner Bewilligung an die Stelle des ersten gesetzt wird. Wenn nemlich jemand die Verbindlichkeit eines andern dergestalt auf sich zu nehmen verspricht, daß der andere gänzlich davon befreyet wird; so heist er ein *expromissor* und sein Versprechen eine *expromissio*. Der Vertrag zwischen drey Personen aber, dem Glaubiger, Schuldner und Expromissor, worin der Expromissor verspricht, daß er die Schuld übernehmen will; und der Glaubiger sich dem alten Schuldner verbindlich macht, diesen Expromissor zum Schuldner anzunehmen, heist **Delegation.** Die Expromission und Delegation sind also darin unterschieden: 1) expromissio kann geschehen ohne Wissen und Willen des Schuldners. Ich kann die Schuld eines andern übernehmen, ohne Auftrag dazu von ihm zu haben. Ja, wenn mir Jemand verbietet, für ihn zu expromittiren, und ich es dennoch thue: so wird er von seiner Schuld frey. Hingegen die Delegation geschieht mit Einwilligung des alten Schuldners. 2) In jeder Delegation liegt daher auch eine Expromission, aber nicht umgekehrt; eine Expromission kann ohne Delegation statt finden. Die drey Personen, welche bey der Delegation vorkommen, haben folgende Namen: der alte Schuldner heist *delegans*; denn delegare ist so viel als *subsituere*; dieser Schuldner aber substituirt wirklich einen andern. Der neue Schuldner oder Expromissor heist *delegatus*; denn er wird delegirt, das heist substituirt.

Und

Und der Glaubiger, da er nicht subſtiſtuirt, auch nicht ſubſtituirt wird, bekommt einen Namen, der weder active noch paſſive Bedeutung hat; er heiſt *delegatarius.*

Die **Anmerkung** ſagt: in der Delegation liegen alſo zwey beſondere Verträge, der erſte wird zwiſchen dem alten Schuldner und Expromiſſor geſchloſſen, und dieſer Vertrag kann nach römiſchem Recht ohne Formel (nudis verbis) geſchehen. Der andere wird zwiſchen dem Expromiſſor und Delegatarius eingegangen. Dieſer erfordert eine **Stipulation.** Da man in Deutſchland von Stipulationen nichts weiß, ſo fallen ſie auch hier weg.

§. 991. **Wirkungen und Erforderniſſe der Delegation.**

1) Der Delegatarius macht ſich in der Delegation verbindlich, den neuen Schuldner ſtatt des alten anzunehmen, er erläßt alſo dem alten ſeine Verbindlichkeit gänzlich, und ſchlechterdings, ohne Bedingung. Folglich haftet dieſer nicht mehr, wenn auch gleich der Expromiſſor nicht verbunden iſt, oder auſſer Stand kommt, zu zahlen. Man denke ſich z. E. den Fall, daß ein Pupill ohne des Vormundes Einwilligung eine Schuld durch Delegation übernimmt. Dieſe Delegation iſt in ſoweit ungültig, daß der Pupill nicht belangt werden kann. Aber gleichwohl kann der Glaubiger auch nicht mehr gegen den vorigen Schuldner klagen. (*1) Wenn eine Weibsperſon eine fremde Schuld durch Expromiſſion übernimmt, ſo verordnen die Geſetze, daß dem Glaubiger ſeine Forderung gegen den alten Schuldner wieder hergeſtellt werden ſoll. (*2)

2) Die Delegation erfordert die Einwilligung dreyer Perſonen; a) des Glaubigers; b) des delegirenden, oder alten Schuldners, und c) des delegirten neuen Schuldners, oder des Expromiſſors.

(1) L. 1. §. 1. L. 20. §. 1. D. de novat.
(2) L. 14. D. ad SC. Velleian.

§. 992. **Unterſchied der Delegation und einiger ähnlichen Geſchäfte.**

Die Delegation iſt alſo 1) von der **Fidejuſſion** oder **Adpromiſſion,** und vom *conſtituto alieno* unterſchieden. Denn in dieſen beyden Geſchäften wird die alte Obligation nicht aufgehoben. Der Bürge und conſtituens übernimmt zwar auch die Verbindlichkeit; der erſte Schuldner aber wird nicht befreyet. (§. 835.)

2) Die Delegation ist verschieden von der Cession. Die Römer verstehen unter der Cession eine Vollmacht, vermöge deren Jemand eine Forderung, die ich ihm verkauft, geschenkt ꝛc. habe, in meinem Namen einklagen, und was er bekommt, behalten soll. (*1) Diese ist keine Novation, denn der Schuldner bleibt dem ersten Glaubiger verhaftet, und kann daher, der Cession ungeachtet, noch an ihn bezahlen. Gegen den neuen Glaubiger hingegen bekommt er keine Verbindlichkeit. Dies gründet sich auf den Satz des römischen Rechtes, daß Personalforderungen von der Person des ersten Glaubigers nicht konnten getrennt, und auf einen andern Glaubiger übertragen werden. Auch darin zeigt sich ein zweyter wichtiger Unterschied der Cession und Delegation. Der debitor cessus behält gegen den Cessionar alle Exceptionen, die ihm gegen den Cedenten zustanden; hingegen der delegatus kann dem delegatario die Exceptionen nicht entgegen setzen, die er gegen den delegantem hatte; denn indem er sich ohne Vorbehalt seiner Einreden delegiren läßt, entsagt er ihnen. (*2)

Heutiges Tags versteht man unter der Cession die Abtretung einer Schuld. Denn in Deutschland kann eine Personalforderung vom Glaubiger auf Jemand anders transferirt werden. Daher behaupten denn auch die Practiker, daß durch die Cession der Schuldner (debitor cessus) von seiner Verbindlichkeit gegen den ersten Glaubiger (cedentem) frey, und dem neuen Glaubiger (cessionario) verhaftet werde. (*3) Wenn indessen mein Glaubiger seine Forderung an mich einem andern abtritt; und ich dieser Cession unwissend dem ersten Glaubiger oder dem Cedenten bezahle: so bin ich meiner Schuld entledigt. (*4) Daher ist es eine nöthige Cautel, daß der, welcher sich eine Forderung cediren läßt, sogleich dem Schuldner Nachricht davon gebe. Wenn dieß geschehen ist: so darf der Schuldner dem Cedenten nicht mehr zahlen. Der zweyte vorhin angeführte Unterschied zwischen der Cession und Delegation gilt auch bey uns. (*5)

(1) Cedere actiones also ist nichts anders als mandare actiones. S. L. 3. §. 5. D. de in rem verso. L. 2. in fin. D. famil. herciſc. L. 24. pr. D. de minor. L. 8. in fin. D mandat L. 76. De de solut. L. 1. C. de novat. Wer sich eine Schuld cediren läßt, heist daher bey den Römern allezeit *procurator in rem suam*, nicht *cessionarius*, und anstatt debitor cessus steht in der L. 1. C. cit. is, *adversus quem actiones mandantur*. *Donell.* commentar. iur. civ. lib. 15. cap. 43. Indessen wollen einige z. E. *Lenz* de act. cess. pag 33. sqq. einen Unterschied zwischen cedere und mandare actiones machen.
(2) L. 12. 13. 19. 22. D. de novat.
(3) *Schilter* ex. 30. th. 64.

(4) Cra-

(4) *Cramer* opusc. Tom. 4. p. 366. sqq.
(5) *Pufendorf* Tom. 1. obs. 174. §. 3.

§. 993. Von der Verjährung.

Auch die Verjährung ist ein Mittel alle Arten von Verbindlichkeiten aufzuheben. Denn jeder Klage ist eine gewisse Zeit vorgeschrieben, binnen welcher sie angestellt werden muß. Geschieht dies nicht: so ist die Klage und folglich auch die Verbindlichkeit des Schuldners erloschen. Wir werden von dieser Verjährung im 12. Titel des 4. Buchs ausführlich unterrichtet werden.

§. 994. Von den modis propriis.

Die Tilgungsarten der Verbindlichkeit, wodurch nur gewisse Arten derselben gehoben werden können, heissen modi tollendi obligationes proprii. Es giebt nemlich eine Handlung, durch welche nur die Verbindlichkeiten aufgehoben werden können, welche durch eine Formel contrahirt worden sind, obligationes verborum; sie heist *acceptilatio.* Durch eine andere Handlung kann man nur die Verbindlichkeiten tilgen, welche ohne Formularcontract entstanden sind, und diese heist *mutuus dissensus.* Wenn ich einem nemlich eine Schuld erlasse: so geschieht dieß entweder mit einer Formel, oder nicht. Im ersten Fall heist die Erlassung *acceptilatio.* Im letzten geschieht die Erlassung entweder durch Aufhebung eines Bilateralcontractes, oder nicht. Jene heist *mutuus dissensus*, diese *pactum de non petendo*, *pactum remissorium.*

§. 995. Wie Formularverbindlichkeiten aufgehoben werden.

Die Römer hatten den Grundsatz: auf dieselbe Weise, wie eine Verbindlichkeit entsteht, muß sie auch getilgt werden. War also eine durch einen Formularcontract entstanden: so mußte sie auch durch eine Formel aufgehoben werden, und wenn sie mit simplen Worten (nudis verbis) durch einen Consensualcontract, Realcontract, pactum legitimum, praetorium oder adiectum contrahirt worden war: so mußte man sie mit dergleichen Worten auch wieder dissolviren. (*1) Wenn man eine Formularobligation durch simple Worte erließ: so wurde sie nicht ipso iure zernichtet, sondern ope exceptionis, das heist die Verbindlichkeit blieb nach dem strengen Recht bey Kräften, doch konnte sich der Schuldner, wenn er belangt wurde, mit der exceptione pacti schützen. Wenn ich einem aber eine solche Verbindlichkeit durch eine Formel erließ: so wurde sie ipso iure getilgt. Und eine solche durch Formel geschehene Erlassung einer Schuld hieß *acceptilatio.*

(1) Dieß ist der wahre Sinn der Regel nihil tam naturale est, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est. Weiter muß man sie nicht ausdehnen, also z. E. nicht glauben, daß ein Contract, welcher vor Gericht geschlossen worden ist, auch nicht anders als gerichtlich aufgehoben werden könne. *Leyser* Vol. 11. p. 171.

§. 996. Was ist die Acceptilation?

Diese Acceptilation war ein feyerlicher Act; der Schuldner fragte durch eine Formel, ob ihm der Glaubiger die Schuld erlassen wollte, und der Schuldner antwortete in einer Formel, er wolle sie erlassen. Wenn dieß geschehen war: so war die Verbindlichkeit gehoben. Die Frageformel war: quod ego tibi promisi, habesne acceptum? (nimmst du es für empfangen an?) und die Antwortsformel: habeo acceptum. Wenn man eine Verbindlichkeit, die ohne Formel entstanden war, durch die Acceptilation aufheben wollte: so mußte sie zuvor durch eine Novation in eine Formularobligation (verborum obligationem) verwandelt werden. Und diese Operation heist stipulatio Aquiliana; von ihrem Erfinder, dem Rechtsgelehrten C. Aquilius Gallus.

§. 997. Vom heutigen Nutzen dieser Lehre.

Wir haben in Deutschland keine sollenne Formeln und keine Stipulationen; wir haben also auch keine Acceptilation. Alle Arten von Verbindlichkeiten können daher mit beliebigen Worten aufgehoben und erlassen werden.

§. 998. Vom pacto remissorio.

Wenn eine Verbindlichkeit ohne Formel erlassen wird: so geschieht die Erlassung entweder dadurch, daß man einen zuvorgeschlossenen Bilateralcontract aufhebt, oder auf andere Weise. Die erste Aufhebung heist mutuus dissensus, die letzte pactum de non petendo, oder pactum remissorium. Das pactum remissorium wirkte in einigen Fällen so viel, daß die Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben wurde. L. 17. §. 1. D. de pactis. (*1) Gewöhnlich aber hatte es diese Wirkung nicht, sondern verschaffte nur dem Schuldner, im Fall er belangt wurde, exceptionem pacti.

(1) Wenn ich nemlich einem Dieb versprach, die Diebstahlsklage nicht gegen ihn anzustellen, oder einem, der mich injuriirt hatte, versprach, ihn deswegen nicht zu belangen. Denn die Zwölftafelgesetze erklärten diese Verträge für gültig; (Tab. 2. et 7.) sie waren also pacta legitima.

§. 999 Vom mutuo dissensu.

Der mutuus dissensus ist ein Vertrag, wodurch festgesetzt wird, daß ein zuvor geschlossener Bilateralcontract, der noch nicht erfüllt ist, nicht gelten solle.

§. 1000. In welchem Fall er statt findet.

Der mutuus dissensus supponirt also: 1) einen Bilateralcontract; 2) der noch nicht erfüllt ist. Ist ein Contract schon erfüllt: so können zwar die Partheyen einen neuen Contract schliessen, der dem vorigen conträr ist; aber sie können den ersten nicht mehr durch mutuum dissensum aufheben. Wenn ich einem z. E. mein Haus verkauft, auch gegen Empfang des Kaufgeldes übergeben habe, und nun mit ihm ausmache, das er mir das Haus wiedergeben, und das Kaufgeld zurück nehmen soll: so ist der erste Kauf nicht durch mutuum dissensum aufgehoben, sondern ein zweyter Kauf geschlossen. Dieser Satz ist keine römische Subtilität, wie Wernher (*1) glaubt, sondern gründet sich in der Natur der Sache und ist practisch. Ich will nur Einen Fall anführen, worin sich sein Nutzen zeigt. An manchen Orten wird von liegenden Gütern, wenn sie verkauft werden, eine gewisse Abgabe entrichtet. Gesetzt ich kaufe an einem solchen Ort einen Acker; der Kauf aber wird per mutuum dissensum wieder aufgehoben. Jetzt wird die Abgabe nicht entrichtet. Hingegen wenn ich den Acker gekauft, tradirt erhalten und bezahlt habe, und ihn nun gegen Restitution des Kaufschillings zurück gebe: so muß die gesetzliche Abgabe doppelt bezahlt werden; denn es ist ein doppelter Kauf geschlossen worden.

(1) *Wernher* sel. obs. forens. Tom. 1. P. 5. Obs. 133. pag. 1052.

§. 1001. Von der Wiedereinsetzung in vorigen Stand.

Unter den Tilgungsarten der Verbindlichkeiten, welche ipso iure geschehen, ist die **Wiedereinsetzung in vorigen Stand**, *restitutio in integrum* eine der wichtigsten. In allgemeinem Verstand bedeutet dieses Wort eine jede Wiederherstellung des vorigen Zustandes, die von der Obrigkeit geschieht. Sie ist zweyerley; (s. die 65. Tabelle,) entweder Restitution der Sache, oder der Person. Zuweilen nemlich muß eine Sache auf Befehl der Obrigkeit wieder in vorigen Stand gesetzt werden. Z. E. wenn Jemand auf einen öffentlichen Platz bauet, wo er zu bauen kein Recht hat. (*1) Wird eine Person restituirt, so bekommt sie entweder ihre vorige Rechte, oder ihre Possession wieder. Von der letztern Art ist die restitutio spoliatorum; wenn

mich jemand spoliirt, das heist, mich meines Besitzes auf unrechtmässige Art beraubt, und die Obrigkeit mich wieder in den Besitz setzt. Die Restitution der Rechte wird entweder in einer Civil- oder Criminalsache ertheilt. Die letztere geschieht entweder aus Gnade oder aus Gerechtigkeit. Wenn nemlich Jemand eines Verbrechens wegen zur Strafe verurtheilt wird, nach ergangener Sentenz aber seine Unschuld beweißt, und daher wieder in den vorigen Stand gesetzt wird, so ist es restitutio ex capite iustitiae. Setzt aber der Landesherr einen zur Strafe Verurtheilten aus blosser Gnade wieder in den vorigen Stand: so heist es restitutio ex capite gratiae.

(1) L. 2. §. 43. D. ne quid in loc. publ.

§. 1002. Von der Restitution aus Civilgesetzen.

Die Restitution in einer Civilsache ist die Wiederaufhebung eines Geschäftes, das nach dem strengen Recht gültig, einem aber schädlich ist, welche aus einer gerechten Ursache geschieht. Sie gründet sich entweder auf die Civilgesetze oder auf des Prätors Edict. Es giebt nemlich Fälle, wo die neuere Gesetze selbst ein Geschäft, das nach dem älteren und strengen Recht gültig ist, aufheben. Dahin gehört a) die restitutio ex L. 3. D. de iureiur. Wenn der Richter einer litigirenden Parthey den Erfüllungs- oder Reinigungseyd auflegt, und diese ihn abschwört; der Gegentheil aber nachher neue Beweißgründe findet, durch die er sein Recht ausser Zweifel setzen kann: so wird er gegen den geleisteten Eyd in integrum restituirt. b) Die Restitution ex L. 33. D. de re iudicata. Gegen eine Sentenz, die aus falschen Documenten gesprochen ist, kann man sich in integrum restituiren lassen, wenn man die Falschheit dieser Documente beweisen kann. Indessen verdient diese Restitution den Namen eigentlich nicht. Denn eine solche Sentenz ist null, sie braucht also nicht rescindirt zu werden, kann nicht rescindirt werden. c) Die Restitution aus der L. 2. C. de resc. vend. Wer in einem onerösen Contract, z. E. in einem Kauf über die Hälfte lädirt ist, kann den Contract umstossen lassen. (§. 870. §. 888.) d) Endlich werden Gemeinden, collegia und corpora vermöge der L. 3. C. de iure reip. wenn sie bey einem Handel Schaden gelitten haben, in integrum restituirt. und zwar weil sie iura minorum habn.

§. 1003. Von der prätorischen Restitution.

Die prätorische Restitution gründet sich entweder auf eine im Edict bestimmte Ursache, oder auf die allgemeine Clausel des Edicts. In dem beständigen Edict nemlich (§. 53.) waren zuerst gewisse Ursachen festgesetzt;

setzt, um deren Willen die Restitution sollte gesucht werden können, alsdenn aber schloß sich das Edict mit der Clausel: *denique in integrum restituam, ex quacumque causa, quae mihi iusta videbitur.* Wenn nun Jemand Restitution aus einer Ursache sucht, die nicht namentlich im Edict steht: so sagt man, er suche sie ex clausula praetoris generali. (*1) Beyspiele werden §. 1010. vorkommen. Die im Edict benenute Ursachen sind Furcht und Zwang; Betrug; Minderjährigkeit; *capitis deminutio*; Veräusserung einer Sache in der Absicht dem andern sein Recht zu erschweren, (*alienatio iudicii mutandi causa facta.*) Von der Restitution des Zwangs, des Betrugs und der Minderjährigkeit wegen wird in den folgenden §§. gehandelt werden. Die wegen der Capitisdeminution und Veräusserung will ich hier kürzlich erklären.

Wenn Jemand die geringste Capitisdeminution litt, so giengen seine Rechte und obligationes stricti iuris zu Grund; denn er wurde als ein ganz neuer Mensch betrachtet. (*2) Der Prätor ertheilte aber dagegen Restitution, er stellte diese Rechte und Verbindlichkeiten wieder her.

Gesetzt, Jemand veräussert eine Sache, weil er weiß, daß ich ihn deswegen belangen will, und zwar an einen mächtigern Gegner, in der Absicht mir zu schaden. Hier kann ich Restitution suchen, aber keine eigentlich sogenannte, um die Veräusserung umzustossen, sondern nur eine uneigentlich sogenannte, d. i. ich kann gegen ihn auf das interesse klagen.

(1) Wenigstens dehnt man in der Praxis diese Restitution so weit aus. Ob dieß aber den Gesetzen gemäß sey, ist noch zweifelhaft. S. *Io. Phil. Frank* diss. de rest in int. ex clausula Praetoris generali, ultra casus absentiae non extendenda. Erl. 1785.

(2) *Conradi* parerg. lib. 2. num. 2. §. 7.

§. 1004. Grundsätze bey der Restitution.

Die Restitution erfordert also 1) ein Geschäft, das nach dem strengen Recht gültig ist. Ist es nach diesem Recht ungültig, so hat man nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen. 2) Wer sie suchen will, muß ohne seine Schuld lädirt seyn, Schaden gelitten haben; eine Ausnahme ist bey den Minderjährigen. Diese werden auch gegen solche Handlungen restituirt, bey denen sie selbst Schuld an ihrem Schaden sind. Er muß ausserdem 3) eine rechtmäßige Ursache anführen können. Daher wird die Einsetzung in vorigen Stand nicht ohne vorgängige Untersuchung ertheilt. 4) Sie muß binnen der gesetzten Zeit geberen werden. Diese ist nach den neuern römischen

Gesetzen

Gesetzen quadrienium continuum; das heist, eine Zeit von vier Jahren, worin aber alle Tage, sie mögen Gerichtstage seyn, oder nicht, gezählt werden. (§. 666.) Ausnahmen sind a) bey der Restitution, die um eines Betrugs willen gesucht wird. Denn diese kann nur innerhalb zwey fortlaufenden Jahren (intra biennium continuum) gesucht werden. b) Bey der Restitution, die sich auf Zwang und Furcht gründet. Wenn man bey dieser nichts als Ersetzung seines Schadens (simplum) verlangt: so kann man sie binnen 30 Jahren anstellen. 5) Sobald Jemand Restitution bittet, muß bis zu ausgemachter Sache alles in seinem jetzigen Stand bleiben; wenn er aber die Restitution erhält, so wird die Sache in den vorigen, das heist in den Stand gesetzt, worin sie vor dem schädlichen Handel war. Z. E. wenn ich gegen einen Kauf Restitution bekomme: so gebe ich die gekaufte Sache zurück, und erhalte den Kaufschilling wieder. Der also, welcher die Restitution bekommt, wird ausser Schaden gesetzt; er darf aber auch nichts durch die Restitution gewinnen.

§. 1005. Von der Restitution des erlittenen Zwangs wegen.

Die erste bestimmte Ursache der prätorischen Restitution ist Furcht und Zwang. Furcht heist die Verabscheuung eines künftigen Uebels; Zwang (nemlich die Gattung, von der hier die Rede ist, *vis compulsiva*) ist eine Handlung, wodurch ich Jemand mittelst Androhung eines Uebels bewege, etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde. Wenn mich nun Jemand durch Zwang und Furcht zu einem Handel bewegt: so ist nach dem Naturrecht der ganze Handel ungültig. (*1) Aber wie ist es nach den römischen Gesetzen? Viele Juristen glauben, die negotia bonae fidei seyen ungültig, die negotia stricti iuris hingegen gültig, (§. 751.) (*2) Allein diese Meynung ist noch grossem Zweifel unterworfen. Gewiß ist, daß einige einzelne Geschäfte nach römischem Recht ungültig waren, wenn sie erzwungen wurden; nemlich a) die Ehe, b) die Manumission, c) die Einwilligung des Vormundes, und d) das Versprechen eines Brautschatzes. Alle andere Geschäfte waren, wie die unten angeführte Schriftsteller (*3) behaupten, nach dem strengen Recht gültig, wenn sie gleich erzwungen waren. Der Prätor aber, welcher die Unbilligkeit dieses Rechtes einsah, ertheilte auch hier die Wiedereinsetzung in vorigen Stand, und actionem quod metus.

(1) Mein Naturrecht §. 78.

(2) Z. E. *Noodt* tr. de form. emend. dol. mal. cap. ult. *Gundling* tr. de efficientiae metus, cap. 3. in exercit. Tom. 2. n. 2. Christ. Henr. Breuning

ning Abhandlung vom Unterschied des römischen und deutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmässige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees Magazin, 2. B. 156. u. f. S.

(3) *Zoes* ad Pand. tit. quod met. caus. n. 3. sqq. *Cocceji* iur. controv. eod. tit. Quaest. 2. *Westenberg* Pand. ibid. §. 14 15.

§. 1006. Welche Furcht ist eine gerechte Ursache zur Restitution?

Wenn ich der Furcht wegen Restitution suchen will: so muß sie 1) von Seiten desjenigen, der sie erweckt, eine ungerechte Furcht seyn; das heist, der, welcher mich in Furcht setzt, muß nicht befugt dazu gewesen seyn. Wenn also der Richter durch Drohung einer Strafe, des Gefängnisses u. s. w. einen Unterthanen bewegt, seine Schuldigkeit zu thun: so hat keine Restitution statt. 2) Auf Seiten dessen, welcher in Furcht gesetzt wird, muß sie nicht eitel, nicht grundlos seyn. Die Furcht heist alsdenn eitel, (metus vanus) wenn Jemand keinen hinlänglichen Grund dazu hatte; si in constantem virum non cadit sagen die römische Juristen. Um aber zu beurtheilen, ob hinlänglicher Grund vorhanden war, muß man a) die Beschaffenheit dessen, der sich fürchtete, sein Alter, Geschlecht, Gesundheitsumstände u. s. w. b) die Beschaffenheit des, welcher die Furcht erweckte, und c) das angedrohete Uebel, woraus sie entstand, in Betrachtung ziehen. Ist nun eine solche Furcht, die auf der einen Seite ungerecht, auf der andern gegründet ist, vorhanden, und die Ursache eines geschlossenen Geschäftes: so giebt der Prätor nicht nur restitutionem in integrum, sondern auch *actionem quod metus*. Ich sage, er ertheilte erstlich die Wiedereinsetzung in vorigen Stand. Wenn ich also a) meine Sache aus Furcht veräussert habe, so rescindirt der Prätor die Veräusserung, und giebt mir eine Realklage gegen den Besitzer. Habe ich aus Furcht meinem Schuldner die Schuld erlassen: so restituirt mir der Prätor meine Personalklage. (*1) Endlich wenn ich etwas aus Furcht versprochen habe: so giebt er mir exceptionem metus. (*2) Aber ausserdem enthält zweytens der Prätor auch eine ganz neue Klage, welche *actio quod metus* heist. (*3) Sie hat nicht nur gegen den statt, welcher mich in Furcht gesetzt hat; sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der mir abgezwungenen Sache. Z. E. wenn der, welcher mir das Pferd abzwang, es weiter an den C. verkauft hat: so kann ich gegen diesen actionem quod metus anstellen. Sie gehet dahin, daß mir der Beklagte die Sache herausgeben soll, und zwar, wenn er selbst den Zwang ausgeübt hat, mit allen Nutzungen. Bey den Römern hatte diese Klage auch noch die besondere Eigenschaft, daß wenn der Beklagte condemnirt worden war, die abgezwungene Sache heraus zu geben, und diese Sentenz nicht gut-

willig befolgte, er zum vierfachen Ersatz verurtheilt wurde. Nur mußte, wenn diese *condemnatio in quadruplum* statt finden sollte, die Klage binnen vier Jahren angestellt worden seyn. Ausserdem hatte sie binnen dreyßig Jahren statt.

Noch ist die Frage zu beantworten, ob wir, nach canonischen und deutschen Rechten die Restitution bey erzwungenen Geschäften nöthig haben, oder ob nicht vielmehr dergleichen Geschäfte ganz null sind. Die meiste Juristen (*4) behaupten das letztere, mit Grund. Demnach fällt die actio quod metus in unsern Gerichten gänzlich weg, und der Gezwungene kann Reivindication, Publicianische Klage und condictionem indebiti anstellen.

(1) L. 9. §. 4. D. quod met. caus. L. 3. C. eod.
(2) L. 9. §. 3. D. quod met. caus.
(3) *Vinn.* in partit. iur. lib. 2. cap. 53.
(4) *Gundling* tr. cit. cap. 4. 5. 6. *Pauli* diss. de incongrua praxi doctrinae iur. rom. de restit. in int. ex capite metus, Gedan. 1758. Breuning am a. O.

§. 1007. Von der Restitution Betrugs wegen.

Die zweyte bestimmte Ursache zur Wiedereinsetzung in vorigen Stand ist Dolus. (S. die 66. Tabelle.) Dolus heist zuweilen jede Verstellung, wodurch man sich einen Vortheil zu verschaffen sucht, und in diesem Verstande ist er entweder erlaubt, (*dolus bonus*,) oder unerlaubt, (*dolus malus*.) (*1) Beyspiele von dolo bono sind, wenn Jemand durch List einen Strassenräuber glauben macht, daß noch Reisegesellschaft in der Nähe sey; die Kriegslisten; das bekannte Salomonische Gericht über die zwey Huren; die Territion mit der Folter. (*2) Zuweilen aber versteht man darunter eine Handlung, wodurch ich dem andern wissentlich schade. Und in diesem Verstande ist es entweder *dolus ex proposito sive personalis*, oder *dolus ex re sive realis*. Dolus ex proposito nemlich ist vorhanden, wenn ich schon vor unternommener Handlung wußte, daß sie dem andern schädlich seyn würde, dolus ex re, wenn ich erst nach unternommener Handlung erfahre, daß ich dem andern dadurch geschadet habe. Z. E. wenn ich weiß, daß meine Uhr nicht von Golde ist, und sie doch für eine goldne verkaufe: so begehe ich dolum ex proposito; hingegen wenn ich die Uhr für golden hielt; sie als eine solche verkaufte; nach geschlossenem Verkaufe das Gegentheil erfahre, und stillschweige: so ist es dolus ex re. Der dolus ex proposito ist entweder *clandestinus* oder *manifestus*. Wenn ich nemlich dem andern meine Absicht zu schaden verheele, so heist es dolus clandestinus; wenn ich sie nicht verheele, sondern offenbar zu Werke gehe, dolus manife-

nifestus. Z. E. ein Bandite, der einen Menschen unversehens todt schießt, begeht dolum clandestinum, wer aber einen andern im Duell ersticht, begeht dolum manifestum.

Wenn der Prätor Restitution des Betrugs wegen verspricht: so versteht er dolum malum ex proposito und clandestinum, eine Verstellung, wodurch ich dem andern schade. Dieser aber kommt entweder in einem Contract vor; oder ausser demselben. Ausser einem Contract, z. E. Jemand belügt meinen Oncle, daß ich auf ihn geschimpft hätte, und bewegt ihn, mich durch ein Testament von seiner Erbschaft auszuschließen; oder Jemand versichert mir betrüglich, daß ein anderer in guten Vermögensumständen sey; ich lasse mich dadurch bewegen, diesen zu creditiren, und verliere am Ende mein Geld. In diesem Fall hat actio doli oder in factum statt. (S. den folgenden §.) Der Beschädigte klagt auf die Ersetzung alles durch den Betrug erlittenen Schadens. Ist aber der Betrug in einem Contract gespielt worden, so ist er entweder die Bewegursache, welche den Betrogenen zum contrahiren verleitet hat, oder nicht. Im ersten Fall heist er dolus dans causam contractui, im zweyten incidens. Wenn mir einer ein zwanzigjähriges Pferd mit der Versicherung verkauft, daß es zweyjährig sey, und diese Ueberredung mich allein zum Kauf bestimmt hat, weil ich ein zwanzigjähriges Pferd gar nicht würde gekauft haben: so ist dolus dans causam contractui vorhanden. Gesetzt aber, ich kaufe eine Uhr, weil sie sehr richtig geht. Der Verkäufer versichert mir dabey, sie sey von Gold, und dieß ist falsch. Jetzt ist der Betrug nur dolus incidens.

(1) L. 1. §. 3. D. de dol. mal.

(2) *Ev. Otto* diss. de dolo bono. in collect. diss. n. 10.

§. 1008. Fortsetzung.

Dieß vorausgesetzt, kann ich die Restitution des Betrugs wegen erklären. Wenn nemlich in einem Contract ein Betrug passirt: so ist der Contract entweder stricti iuris oder bonae fidei. Ist er bonae fidei, so ist entweder der dolus die Bewegursache zum Contract gewesen, oder nur ein dolus incidens. War er die Bewegursache, so ist der Contract null und nichtig; (*1) man hat also nicht nöthig, Restitution dagegen zu suchen, sondern stellt entweder a) die aus dem Contract selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an; z. E. wenn der Käufer durch Betrug zum Kauf verleitet worden ist, so stellt er actionem emti auf die Annullation des Kaufes an; oder b) wenn man aus dem betrüglichen Contract belangt wird, opponirt man exceptionem doli. Ist

es aber nur dolus incidens, so ist und bleibt der Contract gültig, und der Betrogene kann nur auf die Ersetzung seines Schadens klagen. Z. E. wenn mir einer eine tombackene Uhr für eine goldene verkauft; aber nicht die Materie, sondern das innere Werk mich zum Kauf bewogen hat: so kann ich den Kauf nicht anfechten; sondern ich kann verlangen, daß mir der Käufer so viel vom Kaufschilling zurück gebe, als der Goldeswerth beträgt. (*1)

Wie steht es aber mit den stricti iuris Contracten? Diese waren gültig, wenn gleich ein dolus darinn vorgegangen war, und zwar mochte er der Beweggrund zu dem Contract oder nur incident gewesen seyn. Der Prätor aber, welcher dieses unbillig fand, versprach den Betrogenen gegen den Contract in integrum zu restituiren. Er gab ihnen daher exceptionem doli, wenn sie aus dem Contract belangt wurden; und eine Klage gegen den Betrüger, daß er alle durch seinen Betrug erhaltene Vortheile zurück geben und den Schaden ersetzen solle.

Diese Klage heist *actio doli* oder *de dolo*, wird aber vom Prätor nur unter mancherley Einschränkungen gestattet. Denn sie hat a) nur statt, wenn der Schaden, den der Betrogene erlitten hat, beträchtlich, (*3) b) der Kläger keine verächtliche Person, auch dem Beklagten keine Achtung schuldig ist, (*4) und c) kein anderes Rechtsmittel hat, zu seiner Entschädigung zu gelangen. (*5) Die Ursache dieser Einschränkungen liegt darin, weil diese Klage *famosa* ist, d. i. den Beklagten, wofern er condemnirt wird, ehrlos macht. Und eben daher dauert sie auch nur zwey Jahre. Wo man übrigens die actionem doli nicht anstellen kann, da hat doch actio in factum statt, welche 30 Jahre dauert. (*6) Also die actio doli ist eine subsidiaria von andern Klagen; da wo keine andere möglich ist, kann man sie zu Hülfe nehmen. Und wenn sie nun auch an sich statt findet, aber der Geringfügigkeit des Gegenstandes, oder der Personen wegen nicht angestellt werden kann, so tritt die actio in factum an ihre Stelle.

Da wir heutiges Tags keine contractus stricti iuris haben: so fällt die actio doli in Contracten ganz weg; sie kann aber angestellt werden, wenn mir Jemand ausser einem Contract durch Betrug Schaden zufügt.

(1) Dieß ist wenigstens die richtigere Meynung, wie *Vinn.* sel. quaest. lib. 1. cap. 12. und *Cocceji* iur. controv. tit. de dol. Qu. 2. zeigen, wiewohl viele Juristen, besonders die Italienische (ultramontanii) vor Zeiten das Gegentheil behauptet haben.

(2) An-

(2) Anderer Meynung sind *Noodt* in tract. de forma emendandi doli mali, cap. 7. sqq und *Boehmer* introd. in ius dig. tit. de dolo malo, § 5. Allein die Gesetze, besonders L. 7. pr. D. de dol. sind zu deutlich. S. *Reuter* diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, Hal. sub praesid. *Nettelbladt* 1744.

(3) L. 9. §. 5. L. 10. pr. D. de dol. mal. Merito *causae cognitionem* praetor inseruit; neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce inprimis, si modica summa sit, id est *usque ad duos aureos*.

(4) L. 10. §. 1. D. eod. Quibusdam personis non dabitur, utpote liberis vel libertis adversus parentes patronosve; quum sit famosa. Sed nec humili adversus illum, qui dignitate excellit, debet dari; puta plebejo adversus consularem, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris.

(5) L. 1. §. 4. 5. 6. eod. Ait Praetor, *si de his rebus alia actio non erit* Merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit; quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni, si sit civilis, vel honoraria, qua possit experiri. Usque adeo, ut et Paedius libr. 8. scribat, etiam si interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, qua se tueri possit, cessare hoc edictum. — Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere.

(6) L. 11. in fin. L. 28. eod. Quid. ergo in horum persona dicendum est; in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.

§. 1009. Von der Minderjährigkeit.

Die dritte Ursache der Restitution ist die Minderjährigkeit. Wenn ein Minderjähriger, er sey nun mündig oder unmündig; (§. 62.) er sey pater familias oder filius familias; in irgend einem Geschäft lädirt wird: so wird er dagegen in integrum restituirt, wenn gleich der tutor oder curator eingewilligt hat, oder der Handel gerichtlich bestätigt worden ist; und zwar gegen den laedentem und dessen Erben. Die Wirkung ist, daß der Minderjährige alles ersetzt bekommt, was ihm durch die Läsion entgangen ist; dagegen auch das, was er vom Gegentheil in Händen hat, herausgeben muß. Z. E. wenn er in einem Hauskauf lädirt worden ist: so bekommt er den Kaufschilling wieder, muß aber auch das Haus zurück geben.

§. 1010. Von der Restitution aus der allgemeinen Clausel.

Vermöge der allgemeinen Clausel werden alle die restituirt, welche ohne ihre Schuld lädirt worden sind. Dahin gehören 1) die, welche durch ihre oder ihres Gegners Abwesenheit Schaden gelitten haben. Wir haben oben §. 407. ein Exempel gehabt. Wenn während meiner Abwesenheit Je-

mand etwas von meinen Sachen usucapirt, so restituirt mich der Prätor gegen diese Usucapion, und giebt mir zu dem Ende die actionem rescissoriam. 2) Wenn ich durch die Schuld meines Bevollmächtigten oder Advocaten Schaden leide, z. E. wenn er den Beweißtermin verstreichen läßt, und ich darüber den Proceß verliere. 3) Wenn Jemand aus Irrthum oder Unwissenheit eines *facti* oder Gesetzes in Schaden kommt, und der Irrthum Entschuldigung verdient. Z. E. wenn ein Bauer aus Unwissenheit eines römischen Gesetzes Schaden leidet; wenn ein Glaubiger von der Edictalcitation nichts erfahren, und sich daher im Concurs nicht gemeldet hat. Dieß wird im Titel der Pandecten de iuris et facti ignorantia weiter ausgeführt. 4) Wenn man durch einen unvermutheten Zufall oder Krankheit verhindert worden ist, etwas zu thun, und dadurch Schaden leidet; z. E. wenn ein unvermutheter Todesfall in meiner Familie, oder eine Krankheit mich abhält, in einem Gerichtstermin zu erscheinen, und der Richter mich deswegen präcludirt. Nur muß die Krankheit, wegen der man Restitution suchen will, *morbus fonticus*, das heist, so beschaffen seyn, daß sie einen in seinen Geschäften hindert. Noch eine Einschränkung dieser Restitution ist zu bemerken: der Prätor ertheilt sie nicht, wenn ein Prohibitivgesetz im Wege steht; z. E. gegen die Präscription von 30. oder 40. Jahren giebt der Prätor keine Restitution, weil dieß in der L. 3. et 4. C. de praescript. 30. vel 40. annor. verboten ist.

LIB. IV. TIT. I.

De Obligationibus quae ex delicto nascuntur.

§. 1011. Uebergang zu dieser Lehre.

Alle Verbindlichkeiten entstehen entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus einem obligatorischen Factum. Das Factum ist entweder erlaubt oder unerlaubt. Jenes heist *conventio*, dieses *delictum*. Nun haben wir bisher die Verbindlichkeiten kennen gelernt, die aus Conventionen entstehen. In diesem und den folgenden Titeln, Tit. 1. 2. 3. 4. 5. kommen die Obligationen vor, die aus Verbrechen entspringen.

§. 1012. Was ist ein Verbrechen?

Ein *Delictum*, Vergehen, Verbrechen, Excess ist die freye Uebertretung eines menschlichen Pönalgesetzes, Also 1) die Ueberrretung eines Gesetzes; 2) die freye Uebertretung. Wenn ein Schütze in der Schießstätte steht, und einen, der ihm in den Schuß lauft, todtschießt: so begeht er kein Verbrechen, weil seine Handlung nicht frey ist. Auch kleine Kinder und Blödsinnige können aus diesem Grund kein Verbrechen begehen. 3) Eines menschlichen Gesetzes. Die Uebertretung eines göttlichen Gesetzes heist nicht Verbrechen, sondern Sünde. 4) Eines Pönalgesetzes, das heist eines solchen, auf dessen Uebertretung eine Strafe gesetzt ist. Wer z. E. ein Testament ohne die erforderliche Feyerlichkeiten macht, begeht kein Verbrechen. Denn die Gesetze haben keine Strafe darauf gesetzt. Die Verbrechen sind in Ansehung ihres Gegenstandes dreyerley; sie werden vom Delinquenten entweder gegen Gott, oder gegen sich selbst, oder gegen andere Menschen begangen. In jedem Verbrechen liegt etwas unerlaubtes, gesetzwidriges. Diese Gesetzwidrigkeit der Handlung heist *reatus*. Wenn aber ein Verbrechen gegen andere Menschen begangen wird: so komt auch noch dessen Schädlichkeit für diese andere Menschen in Betrachtung. Wegen des reatus wird das Verbrechen mit einer Strafe belegt; weil es andern schädlich ist, muß der Delinquent den Schaden ersetzen. Zur Strafe kann Niemand als der Delinquent selbst, nicht sein Erbe verurtheilt werden. Denn Strafen dienen dazu, einen für die Zukunft vom Verbrechen abzuhalten, oder ihm die Begehung desselben unmöglich zu machen. Folglich wäre es ganz unvernünftig und zwecklos, wenn man den Erben strafen wollte. Hingegen die Schadensersetzung wird aus dem Vermögen des Delinquenten genommen; daher kann sie auch vom Erben gefordert werden, welcher das Vermögen erhalten hat. (* 1)

(1) Wenn indessen der Erblasser schon aus einem Privatdelict belangt, und lis contestirt worden ist: so muß der Erbe für die Geldstrafe haften. Ist aber die Rede von einem öffentlichen Verbrechen: so ist der Erbe nur alsdann schuldig, die Geldstrafe zu bezahlen, wenn der Erblasser bey seinen Lebzeiten dazu condemnirt worden ist. *Io. Christoph Koch* instit. iur. crim. §. 80.

§. 1013. Die Verbrechen sind entweder vera oder quasidelicta.

Wenn ein Verbrechen mit Vorsatz begangen wird: so heist es *verum delictum*; begeht es aber Jemand nur aus Nachlässigkeit: so heist es *quasi delictum*. Dieß ist wenigstens die gemeine Meynung, die aber nicht ohne Schwierigkeiten ist. Ein und dasselbe Verbrechen ist daher bald verum, bald quasi delictum,

lictum. Z. E. wenn ich einen vorsetzlich todtschlage: so ist der Todschlag ein wahres Verbrechen. Werfe ich aber etwas vom Dache, und treffe ungefehr einen Vorbeygehenden, daß er stirbt: so ist es quasi delictum. Wenn also die römische Juristen ein Verzeichniß von veris delictis geben: so muß man nicht glauben, als ob diese Verbrechen sämmtlich allezeit vera seyen; und eben so wenig sind alle delicta, welche sie für quasi delicta ausgeben, immer von dieser Art. Z E. damnum iniuria datum (§. 1045.) wird in den Gesetzen unter die vera delicta, und delictum iudicis litem suam facientis (§. 1077.) unter die quasi delicta gerechnet. Gleichwohl kann man ein damnum iniuria datum aus Nachlässigkeit begehen, und ein Richter kann ein ungerechtes Urtheil vorsetzlich sprechen. Die Römer rechnen also jenes Verbrechen unter die vera, dieses unter die quasi delicta, weil jenes meistens verum, dieses meistens quasi delictum ist. Indessen giebt es freylich auch Verbrechen, die allezeit vera delicta sind, z. E. Diebstahl, Raub, Injurien, und andere, welche allezeit quasi talia sind, z. E. die im §. 1078. 1081. und 1085. angeführte.

§. 1014. Entweder öffentliche oder Privatverbrechen.

Ein öffentliches Verbrechen heist das, wobey die Gesetze hauptsächlich auf die dem Staat zugefügte Beleidigung Rücksicht nehmen, und das sie deswegen mit einer öffentlichen Strafe belegen; Privatverbrechen aber ist das, bey dem der Gesetzgeber sein Augenmerk hauptsächlich auf die Beleidigung richtet, welche einem andern Bürger zugefügt wird, und wo sie diesem das Recht geben, auf eine Privatstrafe, das heist, auf eine Geldstrafe, die der Beschädigte erhält, zu klagen. Durch jedes Verbrechen wird der Staat beleidigt; und so oft ich ein Verbrechen gegen andere Menschen begehe, werden auch diese beleidigt. Allein in einigen Verbrechen sehen die römische Gesetzgeber die einer Privatperson zugefügte Beleidigung als die Hauptsache an; z. E. bey dem Diebstahl, dem Raub, dem damno iniuria data, den Iniurien. Daher werden diese Verbrechen unter die privata gerechnet, und der Beleidigte hat das Recht auf eine Privatstrafe zu klagen; z. E. der Bestohlne kann vom Dieb nicht nur die gestohlne Sache, sondern auch noch den doppelten, zuweilen den vierfachen Werth verlangen. Hingegen bey denen im 18. Titel dieses Buchs angeführten Verbrechen, Mord, Ehebruch u. s. w. wird die Beleidigung der Republik, als die Hauptsache angesehen, und deswegen heissen diese Verbrechen delicta publica. In Deutschland sind alle Verbrechen, wenigstens alle vera delicta, öffentliche; denn sie werden alle mit einer öffentlichen Strafe belegt, und von Privatstrafen wissen wir nichts.

§. 1015.

§. 1015. Entweder ordentliche oder ausserordentliche.

Wenn ein Gesetz vorhanden ist, das die Handlung für ein Verbrechen erklärt, und eine Strafe darauf setzt: so ist es ein delictum *ordinarium*. Wo aber dieß nicht ist, und eine Handlung, die bisher nicht bestraft wurde, wegen ihres schädlichen Einflusses im Staate mit einer Strafe belegt wird; oder auf ein Privatverbrechen ausserordentlicher Weise eine öffentliche Strafe erfolgt, da ist ein *delictum extraordinarium*. (* 1)

(1) *Koch* instit. iur. Crim. §. 17.

§. 1016. Klagen aus dem Verbrechen.

Ein Delinquent ist a) schuldig Strafe zu leiden, b) den Schaden zu ersetzen, den er einem andern Menschen zugefügt hat. Daher entstehen zweyerley Klagen aus dem Verbrechen. Wenn man auf Ersetzung des Schadens klagt: so heist es *actio rei persecutoria*. Dahin gehört condictio furtiva, wenn der Bestohlne auf die Wiedererstattung der Sache klagt, actio rerum amotarum, wenn ein Ehegatte die ihm vom andern Ehegatte entwendete Sache fordert. Klagt man auf eine Strafe, so heist die Klage *actio poenalis*, dergleichen ist actio furti, durch welche der Bestohlne den doppelten oder vierfachen Werth einklagt. Endlich wenn man eine Summe Geld verlangt, die zugleich Ersatz für den erlittenen Schaden und zugleich eine Strafe ist: so heist es *actio rei et poenae persecutoria*. Exempel davon sind a) actio vi bonorum raptorum. Wenn ich den Räuber auf den vierfachen Werth der geraubten Sache belange, und diesen erhalte, so kann ich nicht noch ausserdem die Sache selbst wieder fordern. b) Actio ex L. Aquilia. Nemlich wenn ich einen aus diesem Gesetz belange, er das Vergehen läugnet, und ich ihn überweise, so muß er nach römischem Recht das doppelte bezahlen. In diesem doppelten Werth steckt die Entschädigung und zugleich die Strafe. Noch eine besondere Art von Klagen ist zu bemerken: *actiones quae vindictam spirant*, oder *ad meram vindictam tendunt*. Man versteht darunter Klagen, die sich auf eine solche Beleidigung und Beschimpfung gründen, wodurch dem Kläger nichts von seinem Vermögen entzogen worden ist. Dahin gehören a) die Injurienklagen; b) die actio revocatoria gegen den undankbaren Donatarius; (§. 415.) c) die querela inofficiosi. Denn die Enterbung ist eine Beschimpfung, und die Erbschaft gehörte noch nicht zum Vermögen des Enterbten. d) Die actio in factum contra eum, qui sine venia in ius vocavit. Nemlich in den alten Zeiten Roms wurde der Beklagte nicht durch Gerichtsdiener vorgeladen, sondern der Kläger holte ihn selbst. Wollte man aber eine Per-

son vorfordern, der man Ehrerbietung schuldig war; seine Eltern oder seine Patronen: so mußte man dazu erst Erlaubniß bey dem Prätor bitten. Wer das nicht that, konnte auf eine Strafe von 50. aureis belangt werden. (§. 535.) e) Actio de calumniatoribus, in dem Falle, wenn ich selbst nichts weggegeben habe. (§. 1116. Num. 6. b. und c).

§. 1017. Natur der Verbrechen aus Klagen.

Von diesen Klagen ist zu bemerken 1) daß eine die andere nicht aufhebe; denn sie haben verschiedene Entzwecke. Das heist ich kann actionem rei persecutoriam, und dabey auch poenalem anstellen. 2) Die rei persecutoriae können von den Erben und gegen den Erben angestellt werden. Das heist, wenn ich Schaden durch ein Verbrechen leide, so kann ich nicht nur den Ersatz fordern, sondern auch meine Erben, (actio datur heredibus;) ich kann nicht nur gegen den Delinquenten selbst, sondern auch gegen seine Erben klagen, (actio datur contra heredes.) 3) Die actiones poenae persecutoriae können von den Erben, (dessen nemlich, der durch das Verbrechen Schaden gelitten hat,) aber nicht gegen die Erben, (des Delinquenten nemlich) angestellt werden, *nisi lite cum defuncto contestata.* Das heist, wenn ich den Delinquenten noch bey seinem Leben belangt habe, es auch bis zur Litiscontestation gekommen ist, und er nachher stirbt: so kann ich den Proceß gegen die Erben fortsetzen (§. 987.) 4) die Klagen, von denen die römische Juristen sagen, vindictam spirant, (§. 1016.) können weder von den Erben des Beleidigten, noch gegen die Erben des Delinquenten angestellt werden, ausser wenn der Proceß schon bey Lebzeiten der Hauptpersonen angegangen ist, und nach der Litiscontestation einer oder der andere stirbt. Denn auch hier kann der Proceß von den Erben und gegen die Erben continuirt werden. 5) Mehrere Delinquenten müssen in solidum haften; jeder muß den zugefügten Schaden ganz ersetzen. Z. E. wenn mir drey Personen die Fenster einwerfen, und ich nur einen davon erkannt habe: so muß mir dieser den ganzen Schaden allein ersetzen. Hat er dieß gethan, so sind die andern frey.

§. 1018. Vom ersten Privatverbrechen, dem Diebstahl.

Wir wollen die Privatverbrechen der Reihe nach durchgehen, und zuerst den Diebstahl betrachten. Ich werde aber diese Materien nur kurz vortragen, weil die weitere Ausführung in einer eigenen Wissenschaft, dem peinlichen Rechte vorkommt.

§. 1019. Was ist der Diebstahl?

Der Diebstahl ist das Verbrechen, wenn eine fremde Sache in der Absicht etwas zu gewinnen, gegen den Willen des Eigenthümers, heimlich entwendet wird. Also der Diebstahl setzt a) eine fremde Sache voraus, b) daß ich diese Sache entwende. Wenn ich die Sache in rechtmäßigen Besitz, z. E. in deposito habe, und unterschlage: so begehe ich zwar eine unerlaubte Handlung, aber doch keinen Diebstahl. c) Daß ich die Absicht habe, etwas zu profitiren. Wer in einem fremden Garten ohne Erlaubniß des Eigenthümers, Obst abbricht, nicht um etwas zu gewinnen, sondern weil er Hunger hat, und Niemand zugegen war, von dem er dergleichen kaufen konnte, begeht keinen Diebstahl. d) Daß der Eigenthümer nicht einwilligt; und e) die Entwendung heimlich geschieht, das heist so, daß der Eigenthümer nichts davon weiß, oder ich, der Dieb wenigstens glaube, er wisse es nicht, weil er sich z. E. versteckt hat, und mich sieht, ohne sich sehen zu lassen.

§. 1020. Folgen aus dieser Definition.

Der Diebstahl wird an einer fremden Sache begangen. Also 1) meine eigene Sache kann ich der Regel nach nicht stehlen. Ich sage der Regel nach, denn wenn Jemand meine Sache rechtmäßig besitzt, und ich sie ihm entwende: so begehe ich einen Diebstahl, welcher furtum possessionis heist. 2) Auch an einer herrenlose Sache, (*re nullius*) kann kein Diebstahl begangen werden. Daher nennen es die Römer nicht einmal Diebstahl, wenn Jemand aus einer noch nicht angetretenen Erbschaft (hereditate iacente) etwas entwendet, wiewohl es ein Verbrechen ist, welches crimen expilatae hereditatis heist.

§. 1021. Fortsetzung.

Auch 3) Ehegatten können während der Ehe keinen Diebstahl gegen einander begehen. Denn sie leben in einer Gütergemeinschaft, wo nicht des Eigenthums, doch des Gebrauchs; und die römische Gesetzgeber glaubten, es sey unschicklich, wenn ein Ehegatte das harte Wort Diebstahl gegen den andern brauchen wollte. Sie nennten also die Sache höflicher *amotio rerum*. Wenn daher ein Ehegatte dem andern etwas entwendete, welches nicht selten geschah, wenn die Ehegatten mit den Gedanken umgiengen, sich zu trennen, so hatte nicht *actio furti* sondern *rerum amotarum* statt. Wenn mir meine Concubine etwas wegnahm, oder gewesene Ehegatten nach der Ehescheidung einander etwas entwendeten, so war es ein wahrer Diebstahl.

§. 1022. Gattungen des Diebstahls.

Der Diebstahl ist entweder *furtum rei*, oder *usus* oder *possessionis*. Rei, wenn ich die Sache selbst, die nicht mein gehört, entwende; usus, wenn ich eine fremde Sache contractswidrig gebrauche; possessionis, wenn ich meine eigne Sache dem andern aus seinem rechtmäßigen Besitze nehme.

§. 1023. Vom furto rei.

Furtum rei also begeht einer, der 1) bewegliche Sachen entwendet, sie mögen lebendig oder leblos seyn, von großem oder geringen Werthe. Bey unbeweglichen Sachen fällt der Diebstahl weg. Auch 2) an einem *filio* und einer *filia familias* komte ich einen Diebstahl begehen; wenn ich sie dem Vater entwendete. Dergleichen 3) an Sclaven und Sclavinnen, nur muß dieß in der Absicht etwas zu gewinnen geschehen. Wenn also einer eine schöne Sclavin hat, die ich ihm gern um einen billigen Preis abkaufte, um sie als Concubine zu haben; die ihm aber nicht feil ist; und die ich deswegen entwende, so ist es kein Diebstahl. 4) An Menschen, welche frey und *sui iuris* sind, desgleichen an entflohenen Sclaven wird kein Diebstahl begangen. Wer sie wegnimmt, und wider ihren Willen oder den Willen des Herrn bey sich behält, begeht ein Verbrechen, das *plagium* heist.

§. 1024. Vom furto usus.

Furtum usus begeht derjenige a) welcher eine Sache vom Eigenthümer zum Besitz, aber nicht zum Gebrauch erhalten hat, und sie dennoch gebraucht, z. E. der depositarius, welcher die deponirte Sache, der Pfandgläubiger, welcher das Pfand gebraucht. b) Wer eine Sache anders, oder längere Zeit gebraucht, als ihm der Eigenthümer erlaubt, z. E. wer das Pferd, das ihm zum reiten geliehen ist, in den Wagen spannt. Indessen wird doch vorausgesetzt, daß einer *dolose* diesen unerlaubten Gebrauch unternimmt. Wenn ich also z. E. das Pferd auf acht Tage geliehen habe, und durch Krankheit verhindert werde, zur gesetzten Zeit zurück zu kommen, oder wahrscheinliche Gründe gehabt habe, zu glauben, daß mir der Eigenthümer es länger lassen werde: so begehe ich kein furtum usus. (*1) Das elegans rigidioris romanorum disciplinae exemplum besteht darin, daß sie einen als furem usus verurtheilten, der ein Pferd bis nach Aricia geliehen hatte, und damit auf einen Hügel jenseits der Stadt geritten war. Die Strafe dieses furti war die doppelte Ersetzung des Schadens.

(1) L. 54. §. 1. D. de furt. L. 76. pr. D. commod. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10.

§. 1025. Vom furto possessionis.

Das furtum possessionis begeht einer, welcher eine Sache verpfändet hat, und sie dem Glaubiger aus seiner Verwahrung entwendet. Auch diese Art von Diebstahl wurde bey den Römern mit der Strafe des doppelten Ersatzes belegt; dergestalt nemlich, daß der Eigenthümer dem Pfandglaubiger den erlittenen Schaden doppelt ersetzen mußte.

§. 1026. 1027. 1028. Das furtum ist entweder manifestum oder nec manifestum.

Wenn der Dieb auf der That ergriffen wird: so heist der Diebstahl *furtum manifestum*; ausserdem *nec manifestum*. Auf der That aber ist er alsdenn ertappt, wenn er gesehen, oder angerufen, oder angehalten wird, ehe er die gestohlene Sache dahin bringt, wohin er sie bringen wollte. Also nicht nur alsdenn ist es furtum manifestum, wenn der Dieb in der Handlung des Stehlens entdeckt wird; sondern auch wenn dies geschiehet, indem er schon die Sache weggträgt; nur muß er sie noch nicht an den Ort gebracht haben, wo er sie zu lassen willens war. Denn wenn er dort erst ergriffen wird: so ist es kein furtum manifestum.

§. 1029. Klagen gegen den Dieb.

Aus dem Diebstahl wird entweder *civiliter* geklagt, oder *criminaliter* auf eine öffentliche Strafe. Klagt man civiliter, so verlangt man entweder den Ersatz des Schadens, oder eine Geldstrafe.

§. 1030. Von der Condictione furtiva.

Wenn man auf Entschädigung klagt: so heist die Klage *condictio furtiva*. Sie wird angestellt vom Eigenthümer und deren Erben, auch vom bonae fidei Besitzer, und vom Vormund Namens des Pupillen, gegen den Dieb, er mag besitzen oder dolo aufgehört haben zu besitzen, (§. 281.) und dessen Erben, daß er die gestohlene Sache, oder deren Werth und alles Interesse erstatte.

Ungewöhnlich ist es, wie die Anmerkung sagt, daß der Eigenthümer seine Sache mittelst einer Personalklage fordert. Die *condictio furtiva* ist nemlich eine Personalklage, und der Eigenthümer fordert sonst seine Sache durch eine Realklage, die Reivindication. Der Grund diesen besondern Verordnung liegt, wie der Autor glaubt, in dem Haß der Gesetz-

beber gegen die Diebe. Will übrigens der Bestohlne die Reivindication anstellen: so kann er es thun. Aber er wird so unklug nicht seyn; denn bey dieser Klage muß er sein Eigenthum beweisen, welcher Beweiß schwer ist. (§. 345.)

§. 1031. Von der actione furti.

Diese stellt an a) der Eigenthümer; b) ein jeder anderer, dem daran gelegen ist, daß die Sache nicht gestohlen sey, z. E. der Pfandglaubiger, wenn ihm das Pfand gestohlen wird; der bonae fidei Besitzer; c) jeder, der für die Sache stehen muß; z. E. der Schneider, der Tuch zu einem Kleide von mir in Händen hat, wofern er im Stande ist, den Werth der Sache dem Eigenthümer zu bezahlen. Denn kann er dieß nicht: so ist ihm nichts daran gelegen, ob die Sache gestohlen wird, oder nicht. Sie geht gegen den Dieb, und gegen alle, die ihn aufgenommen, versteckt, ihm zum Diebstahl Anschläge gegeben oder dabey geholfen haben. Das Gesuch bey einem ertappten Dieb (fure manifesto) ist, daß er den vierfachen Werth der Sache bezahle: bey einem nicht ertapppten, (fure nec manifesto) daß er ihn doppelt ersetze. Die Ursache, warum der letzte gelinder gestraft wird, als der erste, liegt wohl darin, weil ein ertappter Dieb sich gewöhnlich zur Wehre stellt, folglich gefährlicher ist, als ein anderer.

§. 1032. Verhältniß dieser Klagen gegen einander.

Actiones rei persecutoriae und poenales können zusammen angestellt werden; sie stehen in keiner Collision. (§. 101.) Daher kann man gegen einen Dieb zuerst actionem furti anstellen, und wenn man das duplum erhalten hat, doch noch die Sache selbst mittelst der condictionis furtivae oder rei vindicationis verlangen.

§. 1033. Von der peinlichen Bestrafung des Diebstahls.

Zuweilen wurde der Diebstahl bey den Römern auch mit einer öffentlichen Strafe belegt; das heist mit einer Geldstrafe, die der Fiscus bekam; oder mit einer Leibesstrafe, z. E. Abhauung der Hand; oder mit der Lebensstrafe. Justinian aber hat verboten, einen Dieb am Leben zu strafen, auch verboten ihn eines Gliedes zu berauben. Er will, daß die Diebe nur mit der Strafe der Landesverweisung, oder mit einer Geldstrafe belegt werden sollen.

§. 1034.

§. 1024. Vom dem heutigen Gebrauch dieser Lehre.

Heutiges Tags fällt die Privatstrafe bey dem furto usus und possessionis weg. Man klagt nur auf die einfache Ersetzung des Schadens, den man durch diese Art von Diebstählen erlitten hat. Auch werden sie mit keiner öffentlichen Strafe belegt, (*1) Ueberhaupt cessiren alle actiones in duplum, triplum und quadruplum. Wenn ein Dieb eine Geldstrafe bezahlt: so bekommt sie allezeit der Fiscus; nie der, gegen den das Verbrechen begangen worden ist. Anstatt aber, daß bey den Römern der Diebstahl nur zuweilen mit einer öffentlichen Strafe belegt wurde, und daher ein delictum privatum heist: so wird heutiges Tags allezeit eine solche Strafe darauf dictirt.

(1) *Lauterbach* coll. th. pr. tit. commod. §. 10. ibique cit. Indessen muß doch der fur usus so wie ein anderer Dieb, den casum prästiren. *Hommel* rhapf. Obf. 268. p. 348. fqq. *Schott* diff. de furto usus, §. 19.

§. 1035. Heutige Strafe.

Die Strafe nemlich ist zuweilen Pranger, zuweilen Gefängniß, Landesverweisung, Leibs- oder Lebensstrafe. Die Lebensstrafe ist nach der Vorschrift der Halsgerichtsordnung Carls des V. bey Mannspersonen das Hängen, bey Weibspersonen das Ertränken. Allein die letztere wird selten exsequirt, und fast immer eine andere an ihre Stelle gesetzt.

§. 1036. Weitere Ausführung.

Nemlich 1) der Diebstahl ist entweder ein gefährlicher oder nicht, *qualificatum* oder *simplex*. Furtum qualificatum, ein gefährlicher heist, wenn der Dieb einsteigt, oder einbricht, oder mit gefährlichem Gewehr eingeht; simplex wenn es auf keine dieser Arten geschieht. 2) Entweder der erste, oder zweyte, oder dritte; 3) entweder ein kleiner oder ein grosser. Groß heist er, wenn der Werth der gestohlnen Sache fünf Gülden, das heist nach der Usualerklärung fünf Ducaten, oder mehr beträgt; klein, wenn es nicht so viel ausmacht. Der gefährliche soll mit dem Strang bestraft werden. Auf den nicht gefährlichen dritten Diebstahl ist ebenfalls die Lebensstrafe gesetzt, weil man einen solchen Dieb für unverbesserlich hält. Ist er aber ein erster oder zweyter, so muß man sehen, ob er groß oder klein ist. Der große soll mit dem Strang oder einer Leibesstrafe bestraft werden. Wenn aber Jemand zum ersten oder zum zweytenmal einen kleinen Diebstahl begeht: so wird er nach dem Ermessen des Richters mit Gefängniß, Landesverweisung oder Staupenschlag bestraft.

TIT. II.

De vi bonorum raptorum.

§. 1037. Erklärung des Raubes.

Der Raub ist eine gewaltsame Entwendung einer fremden beweglichen Sache, in der Absicht etwas zu gewinnen, sich zu bereichern, (animo lucri faciendi.) Also a) die Entwendung einer Sache, und zwar b) einer fremden und c) beweglichen Sache. d) Die Entwendung geschieht gewaltsam; e) in der Absicht sich zu bereichern.

§. 1038. Vergleichung des Raubs und Diebstahls.

Raub und Diebstahl kommen also darin überein, daß beyde, der Dieb und der Räuber, eine fremde bewegliche Sache in der Absicht, sich zu bereichern, entwenden. Aber darin sind sie verschieden, der Dieb nimmt die Sache heimlich, so daß es der Eigenthümer nicht weiß; oder der Dieb wenigstens glaubt, derselbe wisse es nicht. Hingegen der Räuber nimmt öffentlich; läßt den Beraubten zusehen, und braucht Gewalt.

§. 1039. Raub hat nur bey beweglichen Dingen statt.

1) Der Raub setzt eine bewegliche Sache voraus. Wenn also Jemand sich mit Gewalt in den Besitz einer unbeweglichen Sache setzt; z. E. mich mit Gewalt aus dem Hause wirft: so ist er kein Räuber, man kann aber gegen ihn aus dem interdicto unde vi, oder aus der L. Iulia de vi publica vel privata klagen.

§. 1040. Und bey Sachen, die einer nicht für sein eigen hält.

2) Wo ein wahrer Raub vorhanden seyn soll, da muß der Räuber geglaubt haben, daß die Sache nicht sein sey. Wenn ich einem eine Sache, die ich für die meinige halte, wegnehme: so bin ich kein Räuber. Z. E. ich verkaufe einem eine Sache auf Credit; weil er den Zahlungstermin nicht einhält, nehme ich ihm die Sache gegen seinen Willen weg. Dieß ist kin Raub, aber doch eine unerlaubte Handlung. Denn im Staate sind Obrigkeiten, deren Hülfe man suchen muß, wenn man Unrecht zu leiden glaubt. Niemand darf sich selbst Recht schaffen, kurz: die Selbsthülfe ist verboten. Das *decretum*

D. Mar-

D. Marci, das in der L. 7. C. unde vi enthalten ist, setzt folgende Strafe auf die Selbsthülfe: Wenn ich a) eine Personalforderung gegen einen habe, und ihm deswegen etwas von seinen Sachen gewaltsam wegnehme; (si debiti causa res debitoris invado:) so muß ich die Sache restituiren, und verliere zugleich die Personalforderung. b) Nehme ich meine eigene Sache, die mir z. E. gestohlen war, und die ich bey einem ungefehr antreffe, mit Gewalt weg, so muß ich die Sache zurück geben, und verliere das Eigenthum. Endlich c) wenn ich eine Sache gewaltsam occupire, welche ich irrig für die meinige hielt, so bin ich schuldig, sie wieder herauszugeben, und noch dazu den Werth zu bezahlen.

§. 1041. Auf den Werth der Sache kommt nichts an.

3) Die Strafbarkeit des Raubes liegt hauptsächlich in der Stöhrung der öffentlichen Sicherheit. Daher kommt bey Bestimmung der Strafe nichts auf den Werth der geraubten Sache an; sie mag viel oder wenig werth seyn, die Strafe ist einerley. Denn die öffentliche Sicherheit wird eben so sehr gestöhrt, wenn ich einem einen Pfennig, als wenn ich ihm 1000 Rthlr. raube.

§. 1042. Klagen gegen den Räuber.

Gegen den Räuber kann man *actionem furti*, und zwar *manifesti* auf das quadruplum (* 1) anstellen, weil er ein Dieb im allgemeinen Sinne des Worts ist. Allein der Prätor giebt auch eine eigne Klage gegen ihn, die *actionem vi bonorum raptorum*. Sie wird vom Eigenthümer oder auch von einem angestellt, der durch den Raub Schaden leidet, gegen den Räuber, nicht gegen dessen Erben; (denn sie ist eine Pönalklage §. 1017.) und zwar auf die vierfache Ersetzung des Werthes, wenn die Klage innerhalb einem Jahre angestellt wird; auf die einfache Ersetzung aber, wenn sie nach Verlauf eines Jahres angebracht wird. Hierbey ist aber zu bemerken: wenn ich vom Räuber den vierfachen Ersatz erhalte: so kann ich nicht zugleich die Restitution der Sache fordern, wie bey dem furto manifesto. Die actio vi bonorum raptorum ist eine actio *rei et poenae persecutoria*. Sonderbar ist es freylich, daß man von einem fure manifesto mehr als vom Räuber, nemlich den vierfachen Werth, und zugleich die Restitution der Sache; vom Räuber aber blos poenam quadrupli; oder welches einerley ist, poenam tripli nebst Restitution der Sache verlangen kann. Die Juristen geben sich viele Mühe, zu erklären, warum der Prätor gegen den Dieb eine vortheilhaftere Klage, als gegen den Räuber gegeben hat. Thomasius (* 2) giebt eine Ursache an, die nicht un-

wahrscheinlich ist. Er sagt, vermuthlich konnte nach dem alten römischen Recht aus dem Diebstahle nie auf mehr, als das duplum geklagt werden. Damals führte ein Prätor die actionem vi bonorum raptorum auf das quadruplum, oder auf Ersetzung der Sache und poenam tripli ein. Nachher kam es auf, daß gegen einen furem manifestum auf die poenam quadrupli geklagt werden konnte. Jetzt hätte man bey dem Raub die poenam tripli auf das quintuplum, sextuplum u. s. w. erhöhen, oder wenigstens die poenam quadrupli einführen sollen. Allein jenes gieng nicht an, weil die Römer keine actiones poenales ultra quadruplum haben wollten; und dieses war nicht nöthig, da man gegen den Räuber die actionem furti manifesti anstellen konnte.

(1) *Hortensius* ad pr. Inst. h. t.
(2) In not. ad l. h. t.

§. 1043. Von den peinlichen Strafen des Raubes.

Wenn der Raub geschehen war entweder a) mit gewafneter Hand, oder b) mehrmalen, oder c) auf der öffentlichen Straße: so hatte die Todesstrafe statt; ausserdem wurden die Räuber zum Bergbau condemnirt, oder auf Inseln verwiesen. Auch ein latro, das ist einer, der raubt und mordet, wurde am Leben gestraft.

§. 1044. Heutiger Gebrauch.

Der Raub wird, so wie der Diebstahl, in Deutschland als ein öffentliches Verbrechen angesehen, und peinlich bestraft; die actio in quadruplum aber fällt weg. Nach der Hals-Gerichtsordnung Carls V. nemlich wird ein Räuber mit dem Schwerd bestraft. (* 1) Hat er auf der Landstraße geraubt: so wird sein Körper auf das Rad geflochten. Mörder werden gerädert. Die in dem decreto D. Marci auf die Selbsthülfe gesetzte Strafe wird selten dictirt, aber mit Unrecht, da sie so billig und die Selbsthülfe der öffentlichen Sicherheit so nachtheilig ist. Und man kann nicht mit Grund behaupten, (* 2) daß dieses Decret heutiges Tages abgeschaft sey. (* 3)

(1) Doch sehe man: Struben rechtl. Bed. 1. Th. 380. Seite.
(2) Wie z. E. *Claproth* in diss. de non usu decr. D. Marci, thut.
(3) *Schilter* ex 2. th. 13. sqq. *Brunnemann* ad L. 13. D. quod met. caus. *Mev.* P. 1. D. 95. P. 4. C. 217. sqq. P. 5. D. 156. 351. *Stryk* U. M. tit. quod met. caus. §. 9. *Lyncker* de grav. extraiud. Part. 2. Cap. 9. §. 44.

Ludolf

Ludolf symphor. consult. forens. Vol. 1. cons. 18. p. 436. *Leyser* sp. 507. M. 1. 2. *Cramer* Observ. Tom. 4. Obs. 1070 p. 159. *Boehmer* Diss. cit. in ex. ad Pand. Tom. 2. p. 35. sqq. *Büsser* ad L. 7. C. unde vi. §. 22. *Reinharth* ad *Christin.* Vol. 4. obs. 39. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Num. 51.

TIT. III.

De Lege Aquilia.

§. 1045. Was ist damnum iniuria datum?

Das dritte Privatverbrechen ist *damnum iniuria datum.* Man versteht darunter die Handlung, wodurch ein freyer Mensch eine fremde Sache verdirbt. Also a) ein freyer Mensch begeht diese Handlung. Wenn ein Sklave Schaden thut, so heist es *noxia*, und wenn es mein Thier thut, *pauperies.* b) Eine fremde Sache wird verdorben. Es ist kein damnum iniuria datum, wenn ich meine eigene Sache verderbe; ausser wenn ein anderer einen Anspruch darauf hat; z. E. wenn ich sie ihm verkauft, und noch nicht tradirt habe. c) Die Sache wird verdorben, beschädigt, destruiret. Es ist also nicht damnum iniuria datum, wenn ich einen hindere, einen Vortheil zu acquiriren, z. E. einen vortheilhaften Kauf zu schliessen; oder wenn ich ihm durch eine Unterlassungshandlung Schaden zufüge; z. E. ich warne einen nicht vor einem gefährlichen Wege, und er wirft mit seinem Wagen um; oder endlich wenn ich eine Sache stehle, raube. Das Gesetz, welches die Strafe für das damnum iniuria datum bestimmt, heist *lex Aquilia.* Wer der eigentliche Autor dieses Gesetzes sey, und die Zeit, da es gemacht wurde, ist unbekannt. Soviel weiß man nur, daß es ein plebiscitum war, (§. 37.) und daß der Autor Aquilius hies. Bach (*1) vermuthet, er sey L. Aquilius Gallus, und das Gesetz im Jahr 572. gemacht worden.

(1) Histor. iurisprud. rom. Lib. 2. Cap. 2. §. 38. §. 151.

§. 1046. Es wird entweder mit Vorsatz oder aus Nachläßigkeit begangen.

Das Vergehen, wovon hier die Rede ist, heist damnum *iniuria* datum, das heist ein widerrechtlicher Schaden. Iniuria heist also hier nicht

Beschimpfung, wie im folgenden Titel, sondern Unrecht. Dieses Vergehen kann 1) sowohl mit Vorsatz als aus Nachläßigkeit begangen werden, und zwar sowohl culpa lata, als levi und leviſſima. Exempel von damnis iniuria datis sind a) wenn Jemand sich für einen Kunstverständigen ausgiebt, gleichwohl die Kunst nicht versteht, und mir durch diese Unwissenheit Schaden zufügt. Z. E. wenn sich einer für einen Pferdearzt ausgiebt, und meinem Pferd schädliche Arzneymittel verordnet. b) Wenn Jemand sich unterſteht, etwas zu thun, wozu er die nöthige Leibeskräfte nicht hat, und ich dadurch in Schaden komme; z. E. wenn einer mit raschen Hengsten fahren will, der die Stärke nicht hat, sie zu regieren, und daher im Fahren mir Schaden thut.

§. 1047. Aber widerrechtlich.

2) Nur der begeht damnum iniuria datum, der eine widerrechtliche verbotene Handlung unternimmt, nicht wer mir durch eine erlaubte Handlung Schaden thut. Hierher gehört der Fall des *moderaminis inculpatae tutelae*. Wenn mich nemlich 1) Jemand unrechtmäſſiger Weiſe angreift; 2) mich tödten, verwunden, mir die Keuschheit rauben, oder etwas von meinem Vermögen entziehen will; ich ihn 3) nicht anders abhalten kann; als wenn ich ihn tödte; und ihn daher 4) im Angriff wirklich tödte, so sagt man, ich habe das moderamen inculpatae tutelae beobachtet; ich habe mich nur vertheidigt, (also es ist tutela;) auf erlaubte Art, (*inculpata* tutela) und habe alle Mäſſigung dabey beobachtet. Daher *moderamen* inculpatae tutelae.

§. 1048. Nicht durch Zufall.

Wer 3) durch einen ungefähren Zufall, das heist durch eine Handlung, die ihm nicht imputirt werden kann, Schaden thut, begeht kein damnum iniuria. Z. E. der Schütze, der in der Schießstätte schießt, und mein Pferd, das ihm in den Schuß lauft, trift. Der Dachdecker, welcher nachdem er ein Warnungszeichen gegeben hat, Ziegel vom Dache wirft, und ein Stück Vieh trift.

§. 1049. Fernere Erfordernisse des Aquiliſchen Gesetzes.

Wer ein damnum iniuria leidet, kann aus der lege Aquilia klagen. Doch redet 4) das Aquiliſche Gesetz nur von dem Fall, wenn ich an meinem Vermögen Schaden leide; nicht von dem, wenn ein freyer Mensch verwundet wird. Hier also hat keine actio directa ex lege Aquilia statt. Dieſes

Gesetz

Gesetz setzt ferner 5) voraus, daß einer körperlichen Sache, vermittelst einer körperlichen Sache Schaden zugefügt wird; z. E. ich schieße den Sklaven, das Thier tod, das dem andern gehört, zerschlage ihm die Fenster u. d. gl. Man s. den 1059. §. Weiter 6) ist zu bemerken, daß in dem Fall, wo dem Beschädigten ebenfalls Schuld beyzumessen ist, er aus der lege Aquilia nicht klagen könne. (*1) Endlich und 7) muß ich anführen, daß lex Aquilia nur auf solche Beschädigungen gieng, welche ausser einem Contract zugefügt werden. Man hat aber das Gesetz nachher auch auf damna in contractu data ausgedehnt. Demnach kann ich, wenn mir ein Contrahent damnum iniuria zufügt, zweyerley Klagen anstellen, einmal aus dem Contract, und fürs andere aus dem Aquilischen Gesetze. Es fragt sich aber, ob, wenn ich actionem legis Aquiliae wegen eines Schadens anstellen will, den ich im Contract erlitten habe, der Grad von culpa vorhanden seyn müsse, welcher in demselben Contract prästirt wird, oder ob dieß nicht erforderlich sey? z. E. im Miethcontract wird nur culpa lata und levis geleistet; gesetzt nun mein Miethsmann verdirbt die gemiethete Sache culpa levissima. In diesem Falle kann ich aus dem Contract nicht gegen ihn klagen. Aber kann ich ihn aus dem Aquilischen Gesetz belangen? Einige Juristen (*2) behaupten, man könne aus diesem Gesetz wegen eines jeden damni culposi auch in Contracten klagen. Allein andere sagen mit besserem Grund, wenn ich wegen eines damni iniuria dati in contractu die Klage aus dem Aquilischen Gesetze anstellen will, so muß der Grad von culpa vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contract zu prästiren ist. In dem gegebenen Exempel also hat die Klage ex lege Aquilia nicht statt. Wenn die erste Meynung richtig wäre, so würden alle Regeln von den Graden der culpae und deren Prästation in den Contracten ganz unnütz seyn. (*3)

(1) Strube rechtl. Bed. 3. Th. 229. Seite.

(2) *Zoesius* ad Pand. h. t. n. 9. *Cocceji* iur. controv. h. t. Qu. 4.

(3) *Beyer* posit. ad Inst. h. t. n. 6. lit. b. *Berger* resolut. LL. obstant. h. t. Qu. 2. p. m. 153. *Boehmer* de act. Sect. 2. cap. 11. §. 20. Strube rechtl. Bed. 3. Th. 227. Seite.

§. 1050. Von den Capiteln dieses Gesetzes, und zwar vom Inhalt des ersten.

Das Aquilische Gesetz hatte mehrere Capitel. (*1) Wir wissen aber nur den Inhalt vom ersten und dritten; wovon das zweyte und die übrige gehandelt haben, ist unbekannt. Das erste verordnete: wer eines andern Skla-

ven, Sklavin, quadrupes oder pecus widerrechtlicher Weise tödet, sollte dem Eigenthümer den höchsten Werth bezahlen, den die Sache im nächstvorhergehenden Jahre gehabt hatte.

(1) *Noodt* ad L. Aquil. Cap. 13. glaubt, daß deren mehr als drey gewesen seyen. Hingegen *Io. Henr. Mylius* in diss. de tribus legis Aquil. capitibus sucht zu beweisen, daß es nicht mehr als drey gehabt habe. Diese Diss. ist dem Reizischen Theophilus 2. B. S. 1101. beygedruckt.

§. 1051. Weitere Ausführung.

Also dieses Capitel erfordert 1) daß der Schaden durch Todschlagen geschehen sey; 2) eines Sclaven, oder einer Sclavin, oder eines *quadrupedis*, oder *pecudis*. Nemlich die Juristen unterscheiden quadrupedes, pecudes und bestias. *Quadrupedes* heissen Thiere, denen man Zaum und Gebiß ins Maul legt, und die zum Lasttragen gebraucht werden, z. E. Pferde, Maulthiere, Esel ꝛc. *Pecudes* Thiere, welche in Heerden geweidet werden, z. E. Schaafe, Schweine; *bestiae* alle andere Thierarten, z. E. Hunde, Katzen u. s. w. Das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redete von pecudibus quadrupedibus. Daher entstand die Frage, ob nur solche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes sind, z. E. Pferde; oder ob es genug sey, daß ein Thier pecus sey, z. E. ob die Schweine in das erste Capitel des Gesetzes gehörten, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes sind. Die Frage wurde endlich dahin entschieden, daß es genug sey, wenn ein Thier eins von beyden, pecus oder quadrupes sey.

§. 1052. Klagen aus dem ersten Capitel.

Aus diesem ersten Capitel klagt also der Eigenthümer, oder wer sonst durch das Tödten der Sache Schaden gelitten hat, gegen den Todschläger, nicht gegen dessen Erben; (denn Pönalklagen gehen nicht gegen die Erben;) sind es mehrere, die den Schaden zusammen gethan haben, gegen jeden in solidum; (§. 1017. 5.) und zwar auf die Ersetzung des höchsten Werthes, den die Sache im nächst vorhergegangenen Jahre hatte. Z. E. wenn der Sclave, zu der Zeit, da ich ihn todschlage, nur 10 aureos werth ist, weil Er nur einen Arm hat; er aber den Arm erst seit einem Jahr verlohren hat, und vor dessen Verlust 100 aureos werth war: so muß ich 100 aureos für ihn bezahlen. Und darum war die actio ex Lege Aquilia eine Pönalklage. Hätte man den Werth gefordert, den die Sache zur Zeit des Todschlags hatte: so wäre es eine actio rei persecutoria gewesen.

§. 1053. Vom zweyten Capitel des Aquilischen Gesetzes.

Der Innhalt des zweyten Capitels ist heutiges Tags völlig unbekannt. Einige (*[1]) glauben es habe de servo corrupto, von der Verführung eines Sclaven; andere (*[2]) es habe de effusis vel deiectis (§. 1078.) gehandelt. Allein dies sind blosse Vermuthungen. Ulpian gesteht in dem angeführten Gesetz, er wisse den Innhalt dieses zweyten Capitels nicht. Es hatte schon zu seiner Zeit vorlängst den Gebrauch verlohren, und war daher in völlige Vergessenheit gerathen. Daher ist es eine in allem Betracht verlohrne Mühe, im 18. Jahrhundert diesen Innhalt erforschen zu wollen.

(1) Z. E. *Chifletius* de cap. secundo L. Abuil. in *Otton.* thesaur. Tom. V.

(2) Z. E. *Bynkershoek* am a. O.

§. 1054. 1055. 1056. Vom dritten Capitel.

Das dritte Capitel redet von folgenden Arten des Schadens: a) wenn ich einem seinen Sclaven oder pecudem quadrupedem verwundete: b) wenn ich ihm ein Thier, das weder pecus noch quadrupes war, z. E. einen Hund tödete; c) wenn ich einem eine leblose Sache verbrannte, zerbrach, zerriß u. s. w. Die Strafe war, daß ich den höchsten Werth bezahlen mußte, den die Sache binnen den nächsten dreysig Tagen gehabt hatte. Die Ursache, warum das erste Capitel auf den höchsten Werth des nächsten Jahres, das dritte auf den höchsten Werth des nächsten Monates sah, lag darin, weil das im ersten Capitel bestimmte Vergehen für schwerer angesehen wurde, als das, wovon im letzten die Rede war. Uebrigens infamirt die actio ex lege Aquilia nicht, wie die aus andern Verbrechen entstehende Klagen thun.

§. 1057. Noch einige Anmerkungen über das Aquilische Gesetz.

1) Wenn ein freyer Mensch verwundet wird: so kann er nicht directo aus dem Aquilischen Gesetz klagen; denn es redet von diesem Falle nicht ausdrücklich (§. 1049.) Indessen kann er doch utilem actionem anstellen, nicht auf die Aestimation; denn wie kann man hier eine Taxe machen? sondern auf das Interesse; das heist a) die Curationskosten; b) auf die Ersetzung des Schadens, den er während der Cur, durch die Versäumniß in seinen Geschäften leidet, und c) den er nachher leidet, wenn er ein Glied verlohren, oder eine Lähmung bekommen hat, so daß er zu seinen Geschäften untauglich geworden ist, oder doch weniger, langsamer als zuvor arbeiten kann. Schmerzengeld, Ersatz wegen der erhaltenen Narben und verlohrner Schönheit kann der Verwundete nach römischen Recht nicht verlangen.

§. 1058. Fortsetzung.

2) Die römische Juristen sagen von dieser Klage: quod lis inficiando crescat. Wenn der Beklagte das Vergehen leugnete und überführt wurde: so mußte er das duplum dessen bezahlen, was er sonst würde haben erlegen müssen.

§. 1059. Fortsetzung.

3) Nur alsdenn, wenn an einer körperlichen Sache mit einer körperlichen Schade geschieht, hat actio directa ex lege Aquilia statt. Wenn ich zwar an einer körperlichen Sache, aber nicht mit einer körperlichen Sache schade, z. E. wenn ich des andern Thiere einsperre, und sie verhungern lasse: so wird actio ex lege Aquilia utilis angestellt. Ist der Schaden weder an, noch mit einer körperlichen Sache geschehen: z. E. wenn ich den Kefigt öffne, und einem seine Vögel herausfliegen lasse: so kann gar nicht ex lege Aquilia geklagt werden, sondern man muß actionem in factum anstellen.

§. 1060. Vom heutigen Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Bey uns klagt der, welcher ein damnum iniuria datum leidet, blos auf den wahren Werth der Sache und Ersetzung des Interesse. Wir distinguiren also a) die verschiedene Fälle nicht, wie das Aquilische Gesetz im ersten und dritten Capitel thut. b) Man fordert nicht den höchsten Werth den die Sache im nächsten Jahr oder Monat, sondern zur Zeit der Corruption hatte. c) Es kommt nichts darauf an, ob der Schade an und mit einer körperlichen Sache geschehen ist, oder nicht, und d) wenn der Beklagte das Verbrechen leugnet, wird er nicht auf das duplum condemnirt. Wenn indessen der Schade dolose, oder auch durch einen hohen Grad von Nachlässigkeit zugefügt ist: so wird der Beklagte ausser der Schadensersetzung in eine Geld- oder Gefängnißstrafe verurtheilt. Diese Strafe ist zuweilen in den Landesgesetzen bestimmt; wo das aber nicht geschehen ist, da hängt sie vom Ermessen des Richters ab. Aus diesem allem folgt, daß, wie Thomasius (*1) ganz richtig erinnert, heutiges Tags die wegen eines damni iniuria dati statt findende Klage nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet ist. (*2) In soweit also die Verordnungen dieses Gesetzes blosse Vorschriften des Naturrechts sind, gelten sie auch bey uns. Z. E. ein Verwundeter kann Curationskosten, und Schadensersetzung wegen Versäumniß und Untauglichkeit fordern: Er kann aber auch Schmer-

zengeld,

zengeld, und eine Weibsperson noch über das Entschädigung für den Verlust ihrer Schönheit verlangen.

(1) *Thomas.* diss. larva legi aquiliae detracta. in collect. diss. vol. 2. num. 60.
(2) Die Klage geht daher auch gegen die Erben. *Pufendorf* Tom. 4. obs. 95.

TIT. IV.

De Iniuriis.

§. 1061. Was sind Injurien?

Das vierte Privatverbrechen ist die Beschimpfung, *iniuriae*. Man versteht darunter nicht jede widerrechtliche Handlung, so wie im vorigen Titel, sondern eine Handlung, die in der Absicht unternommen wird, um den guten Namen eines andern zu schmälern.

§. 1062. Sie sind entweder Verbal- oder Real-Injurien.

Eine Injurie kann also einem auf mancherley Art zugefügt werden. Wenn es durch Worte mündlich, oder schriftlich geschieht: so heist sie **Verbalinjurie**; besteht sie in Handlungen, die in den Körper des andern wirken, Schlagen, Stoßen u. d. gl. so heist sie eine **Realinjurie**. Ausser diesen beyden Gattungen aber giebt es noch viele andere, z. E. das **Schandgemälde**, wenn man einen auf eine beschimpfende Art, z. E. am Galgen hängend mahlen läßt. Zu den Verbalinjurien gehört die *iniuria scripta*, das heist eine jede für den andern schimpfliche Schrift, und eine Gattung derselben, der *famosus libellus*, **Pasquill**, eine Schrift, worin einem ein infamirendes Verbrechen vorgeworfen wird; es mag nun der Name des Verfassers darin stehen oder nicht.

§. 1063. Entweder gering oder schwer.

Eine geringe Injurie, *iniuria simplex* ist, wodurch Jemand nur in geringem Grade, eine schwere Injurie, *atrox iniuria*, wodurch er in hohem Grade beschimpft wird. Will man beurtheilen, ob eine Injurie schwer sey: so muß man auf das Factum selbst, auf den Ort, wo die Injurie passirte,

und auf die Person, der sie zugefügt wurde, Rücksicht nehmen. Eine Injurie, die z. E. einem durch Schläge zugefügt wird, ist *atrox* in Vergleichung mit einer Verbalinjurie. Eine Injurie, die man an einem öffentlichen Orte leidet, ist atrox in Ansehung einer, die an einem Privatorte vorgenommen wird. Und endlich sind Injurien, die ein geringer Mensch an einem vornehmern ausübt, schwerer, als die Jemand einem seines gleichen zufügt.

§. 1064. Jede Injurie setzt Absicht voraus.

1) Die Injurie wird in der Absicht unternommen, einen zu beschimpfen. Wo also diese Absicht (animus iniuriandi) nicht vorhanden ist, da ist keine Injurie. Daher können 2) Rasende, Unmündige, Höchstbetrunkene einen nicht injuriiren. 3) Was man im Scherz sagt, ist keine Injurie, eben so wenig als 4) ein Schlag, den man seinem Sclaven zugedacht hat, der aber von ungefehr einen dabey stehenden freyen Menschen trifft; auch 5) das nicht, was ich in der Absicht einen zu bessern sage oder thue, z. E. der Lehrer dem Schüler, die Obrigkeit den Unterthanen. Indessen muß es auf eine solche Art geschehen, daß es bessern kann; denn wenn die Handlung diesen Zweck nicht haben kann, sondern nothwendig beschimpfen muß: so kann die Ausflucht, daß man sie in der Absicht zu bessern gethan habe, nichts helfen.

§. 1066. Die Injurien sind entweder directe oder indirecte.

6) Eine Injurie heist **direct**, wenn sie mir unmittelbar zugefügt wird; **indirect**, wenn man Jemanden beschimpft, der in meinem Schutze ist, (cuius defensio mihi incumbit.) Wenn man nemlich meine Kinder, Sclaven, Bediente, (indem sie ihren Dienst verrichten,) meine Frau, meine Braut beschimpft. 7) In allen diesen Fällen kann ich eine Injurienklage anstellen. Hingegen wenn der Mann beschimpft wird, so kann die Frau nicht klagen, ausser wenn sie die Injurie mittrifft, z. E. wenn man den Mann einen Hahnrey nennet.

§. 1067. Verschiedene Arten der Injurienklagen.

Wegen erlittener Injurien konnte man klagen anfangs aus den Zwölftafelgesetzen, nachher aus dem prätorischen Edict und dem cornelischen Gesetz. Endlich wurde auch eine Criminalklage zugelassen, und heutiges Tags giebt es ein aussergerichtliches Rechtsmittel gegen Injurien, die Retorsion.

§. 1067. Klagen aus den Zwölftafelgesetzen.

Wenn ich nemlich einen eines Gliedes beraubte, es ihm abhieb, ausschlug, lähmte ꝛc. so mußte ich zur Strafe dasselbe Glied hergeben, ob membrum ruptum talio erat. Hatte ich einem einen Knochen zerbrochen, (si os rupseram,) so hatte eine Geldstrafe statt; wie viel, weiß man nicht. Endlich wegen geringerer Real- oder Verbalinjurien mußte der Injuriant dem Beleidigten 25. asses bezahlen.

§. 1068. Von der prätorischen Injurienklage.

In der Folge kamen diese Strafen ab, und der Prätor führte die ästimatorische Injurienklage ein; die poena talionis war zu hart, und die Geldstrafen von 25. Assen in vielen Fällen zu gelind. Gellius erzählt: ein gewisser Veratius sey zu seinem Vergnügen auf dem Markt herumgegangen, habe jedem, der ihm mißfiel, eine Maulschelle gegeben, und von einem bey sich habenden Sclaven auf der Stelle 25. Assen auszahlen lassen. Der Prätor führte daher eine zweckmäßigere Klage ein, diese prätorische oder ästimatorische Injurienklage stellt der injuriirte an, aber nicht sein Erbe; (denn die Klage ist eine von denen, quae vindictam spirant,) gegen den Injurianten, er mag nun die Injurie selbst zugefügt, oder sich dabey eines andern als Werkzeugs bedient haben, (denn es ist eine Pönalklage;) und zwar auf eine Summe Geldes, die der Kläger ansetzt, und der Richter nach Befinden mäßigt. Eine streitige und practische Frage ist, ob die ästimatorische Klage eine rei persecutoria oder poenalis sey. Billig muß man das letzte behaupten. Denn der Beleidigte bekommt seine verlohrne Ehre nicht wirklich wieder, wenn er Geld nimmt, und eben so wenig kann man dieses Geld als einen Ersatz für den Verlust des guten Namens ansehen. (*1)

(1) *Boehmer* de iniustit. et aequitate action. iniuriar. cap. 3. §. 1. sqq. Ex. ad P. Tom. 6. p. 145. sqq. Quistorp Beyträge zur Erläut. verschiedener Rechtsmat. 3. Th. 64. Seite.

§. 1069. Von der Cornelischen Civilklage.

Die große Unbändigkeit und Zügellosigkeit, die sich währender bürgerlichen Kriege in Rom eingeschlichen hatte, bewog den Dictator Lucius Cornelius Sulla im Jahr 672. ein neues Gesetz gegen die Injurien zu geben. Er verordnete, daß wer einen schlüge, (pulset aut verberet) oder ihm in sein Haus mit Gewalt eindränge, er mag es nun selbsten, oder durch einen andern thun, mit einer Privat- und zugleich einer öffentlichen Strafe, dem exilio,

damnatione ad metalla oder ad opus publicum belegt werden sollte. Doch war das iudicium ex lege Cornelia nur ein privatum kein publicum. (*1) *Pulsare* und *verberare* sind übrigens darin verschieden: verberare heist schlagen, daß es einem Schmerzen verursacht, pulsare Schläge oder Stöße geben, die nur beschimpfen.

(1) *Otto* ad §. 8. I. h. t.

§. 1070. Peinliche Anklage.

Endlich findet auch wegen schwerer Injurien eine öffentliche Anklage (iudicium publicum) statt; z. E. wenn Jemand eine Schmähschrift, (libellum famosum) machte, eine obrigkeitliche Person bey der Ausübung ihres Amtes, einen Geistlichen bey dem Gottesdienst injuriirte. (*1)

(1) *Otto* ad §. 10. I. h. t.

§. 1071. Dauer dieser Klagen.

Die prätorische Injurienklage muß binnen einen Jahr angestellt werden. Die Civilklage aus dem Cornelischen Gesetze dauerte dreysig, die peinliche Injurienklagen aber zwanzig Jahre. Dieß ist den Regeln, die §. 1190. und 1191. vorkommen werden, gemäß.

§. 1072. Von der Retorsion.

Die Retorsion besteht darin, daß man eine Verbalinjurie sogleich zurück giebt. Jemand heist mich z. E. einen Schurken, ich sage: das möge er wohl selbst seyn. Sie hat also nur bey Verbalinjurien statt; man muß dieselbe Injurie, keine andere zurück geben, und muß es auf der Stelle thun. Wenn mir eine Realinjurie zugefügt wird, und ich den Injurianten wieder injuriire, oder wenn ich andere Schimpfreden ausstosse, oder erst nach Verfliessung einiger Zeit dieselbe Injurien zurück gebe: so werden wir beyde gestraft. Wer sich übrigens dieses Mittels bedient, verliehrt alles Recht zu klagen. Denn da er sich selbst Recht geschafft hat: so ist er der richterlichen Hülfe verlustig.

§. 1073. Vom heutigen Gebrauch.

Die bisher vorgetragene Sätze finden auch bey uns statt. Doch ist noch folgendes zu bemerken. Heutiges Tags kann man aus Realinjurien ästimatorisch, und auf eine öffentliche Strafe klagen, wie bey den Römern. Hingegen

gegen bey Verbalinjurien hat man dreyerley Klagen, 1) die áſtimatoriſche, 2) die auf eine öffentliche Strafe gerichtete, und 3) die auf Recantation (Widerruf) Abbitte oder Ehrenerklärung, oder wie man ſie nennt, actio *recantatoria* in ſenſu generali. (*1) Man kann auch dem Richter die Injurien, ſowohl verbale als reale blos denunciiren und ihm die Beſtrafung überlaſſen. Es fragt ſich aber, wie concurriren jene Klagen mit einander? Nemlich kann man 1) auf die Aeſtimation der Injurie und zugleich auf eine öffentliche Strafe klagen? Nein, denn die áſtimatoriſche Klage iſt eine actio poenalis. Man kann aber einen nicht mit einer doppelten Strafe belegen. (*2) 2) Kann man auf den Wiederruf, oder Abbitte, und zugleich auf eine öffentliche Strafe, Klage erheben? Auch dieſe Frage iſt zu bejahen, da die actio recantatoria nicht ſowohl poenalis als rei perſecutoria iſt. (*3) 3) Iſt es erlaubt, zugleich a) die Aeſtimation, und b) Widerruf oder Abbitte zu verlangen? Nach der Theorie allerdings, denn die actio aeſtimatoria iſt poenalis, die recantatoria hingegen iſt mehr eine rei perſecutoria. (*4) Und dieſe Meynung iſt auch in der Praxis angenommen. (*5) Die Klage auf den Widerruf hat übrigens nur ſtatt, wenn die Injurie an ſich, oder wegen des Verhältniſſes zwiſchen dem Injurianten und dem Beleidigten höchſt ſchwer (atrociſſima) iſt. Denn der Injuriant muß ſich bey dem Wiederruf für einen Lügner erklären, und wird daher der Regel nach infam. Die Klage auf eine Abbitte wird angeſtellt, wenn die Partheyen gleiches Standes ſind, oder die Injurie weniger ſchwer iſt. Endlich mit einer Ehrenerklärung muß ſich der Beleidigte begnügen, wenn der Injuriant vornehmer als der Beleidigte, oder es noch zweifelhaft iſt, ob der Beklagte den Kläger habe injuriiren wollen.

(1) Dieſe Klage iſt deutſchen Urſprungs. Man ſ. Heineccius vermiſchte Anmerkungen und rechtliche Gutachten, 5. Abth. S. 42. u. ff. und *Turin.* diſſ. infra (not. 4.) cit. §. 5. ſqq.

(2) *Mencken* gymnaſ. polem. diſp. 17. th. 25. p. 256. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t §. 55 ibique allegati. *Cocceji* ius controv. h. t. Q. 28. *Walch* controverſ. p. 424. Anderer Meynung ſind *Schilter* Ex. 49. th. 31. *Carpzov.* Prax. rer. crim. Part. 5 Qu. 95. n. 26. *Berger* elect. iurispr. crim. pag. 84.

(3) *Lauterbach* l. c. §. 56.

(4) *Cocceji* ius controv. h. t. Qu. 20 et 29. ibique cit. *Ad. Ignat. Turin.* diſſ. de natura et indole actionis ad palinodiam, et quid interſit, eam eſſe aut poenalem, aut rei perſecutoriam, §. 8. ſqq. Das Gegentheil behaupten *Berger* l. c. p. 83. *Walch* l. c. p. 425. *Bochmer* diſſ. de iniuſtitia et iniquitate action cap. 3. §. 19. ſqq. Der Letztere giebt ſich viele Mühe zu beweiſen, daß die actio recantatoria eine poenalis ſey. Allein ſeine Gründe ſind nicht überzeugend.

(5) *Lauterb.* l. c. ibique citati. Man ſ. auch *Stryk* uſ. mod. h. t. §. 28. *Reinharth* ad *Chriſtin.* Vol. 2. obſ. 25.

§. 1074. Von Schmähſchriften.

Schmähſchrift, Pasquill, *libellus famoſus* iſt eine Schrift, worin man einem ein infamirendes Verbrechen vorwirft. Carl V. verordnet am a. O. daß im Fall das vorgeworfene Verbrechen falſch iſt, der Paſquillant mit der Strafe belegt werden ſolle, welche auf das vorgeworfene Verbrechen ſteht. Allein in der Praxis wird höchſtens der Staupenſchlag zur Strafe dictirt. Iſt das Verbrechen wahr, ſo hat eine willkührliche Strafe ſtatt, und dieſe wird denn ſelten mehr als eine mäßige Geld- oder Gefängnißſtrafe ſeyn.

§. 1075. Wie die Injurienklagen exſpiriren.

Die Injurienklagen exſpiriren 1) wenn man retorquirt, 2) durch die Präſcription. Nemlich die prätoriſche Injurienklage dauert nur Ein Jahr. (§. 1190.) Aber wenn man aus dem corneliſchen Geſetz auf die Aeſtimation klagt, ſo dauert die Klage 30. und wenn man um eine öffentliche Strafe bittet, 20 Jahre. (§. 1190. 1191.) Die recantatoria dauert ebenfalls 30 Jahre. 3) Wenn man dem Injuriauten die Beleidigung vergiebt, welches entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend, durch freundſchaftlichen Umgang mit ihm geſchieht. 4) Wenn einer von beyden, der Injuriant oder Injuriat, vor der Litiscontestation ſtirbt. Denn geſchieht es erſt nachher, ſo kann der Proceß von den Erben und gegen die Erben forrgeſetzt werden. Doch iſt noch zu bemerken: a) die Klage, welche auf Revocation der Verbalinjurien geht, kann auch nach der richtigern Meynung, nach dem Tode des Injuriirten von deſſen Erben angeſtellt werden; (*1) und b) in dem Falle, wo Jemand erſt nach ſeinem Tode injuriirt wird, z. E. wenn der Prediger in der Leichenpredigt auf den Verſtorbenen ſchimpft, ſo können die Erben ohne allen Zweifel klagen. (*2) c) Wenn der Injuriant ſtirbt, ſo können die Erben zu einer Ehrenerklärung angehalten, oder auch die Revocation durch ein Urtheil für geſchehen erklärt werden. (*3)

(1) *Harpprecht* ad Inſt. h. t. n. 83. 84. *Cocceji* iur. contr. h. t. Qu. 21. *Turin.* diſſ. cit. §. 19. ſqq. *Wernher* Part. 10. Obſ. 342.
(2) L. 1. §. 4. 6. D. L. 23. h. t. *Sam. Frid. Willenberg* diſſ. de iniuria mortuis illata, (Ien. 1745.) §. 24. ſqq. *Leyſer* Sp. 546. med. 1.
(3) *Turin.* l. c. §. 21. *Cramer* Tom. 2. obſ. 516.

TIT.

LIB. IV. TIT. V.

De Obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.

§. 1076. Was ist ein Quasidelictum.

Wir haben bisher die vera delicta abgehandelt, und gehen nun zu den quasidelictis. Man versteht darunter Vergehungen gegen ein Pönalgesetz, die ohne Vorsatz aus blosser Nachlässigkeit begangen werden. Dies ist wenigstens die gemeine Erklärung, die aber freylich noch Zweifeln unterworfen ist. (* 1)

(1) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit S. 25. u. f. f. *Koch* instit. iur. Crim. §. 12. (2) *Woltaer* obs. iur. civ. Obs. 18. p 111.

§. 1077. Von dem Quasidelict eines Richters, der übel urtheilt.

Das erste Quasidelict ist das *delictum iudicis litem suam facientis.* Wenn ein Richter ein den Gesetzen oder dem Factum nicht anpassendes Urtheil spricht, so sagen die römische Juristen, litem facit suam, er macht den Proceß, der vorher unter andern Personen geführt wurde, zu seinem eigenen; das heist, kurz: er selbst kann nun belangt werden. Spricht er das ungerechte Urtheil wissentlich: so begeht er ein verum, thut er es aber aus Unwissenheit oder Nachlässigkeit, (* 1) ein quasi delictum; er muß der Parthey, gegen die er gesprochen hat, nicht nur allen Schaden ersetzen, sondern die Strafe ist auch im ersten Fall, Cassation und Ehrlosigkeit: im zweyten eine vom Ermessen des Oberrichters abhängende Geldstrafe. Die Klage, welche gegen einen solchen Richter angestellt wird, heist bey den römischen Juristen *actio in factum*, heutiges Tags *actio male iudicati* oder *actio ex syndicatu.* Der letzte Name kommt daher: in dem Mittelalter hatten die Städte in Italien obrigkeitliche Personen, welche Syndici hiessen. Sie mußten unter andern auch auf die Richter Achtung geben, und sie zu ihrer Pflicht anhalten. Daher kam es auf, die Klage gegen einen Richter Syndicatsklage zu nennen.

Verschiedene Juristen (* 2) leugnen den heutigen Gebrauch dieser Klage aus folgenden Gründen. Sie sagen, wenn der Richter übel gegen mich urtheilt: so kann ich ja appelliren. Unterlasse ich dieß: so wird das Urtheil rechtskräftig, und ich habe es mir selbst zuzuschreiben, daß ich Schaden leide. Allein

dieser

dieser Einwurf ist leicht zu heben. Wenn ich von dem ungerechten Urtheil nicht appellire: so wird es zum Besten meines Gegners rechtskräftig; dieser bekommt ein ius quaesitum, nicht der Richter. In den Gesetzen ist nirgends verordnet, daß der Richter nur in subsidium haften solle, wenn die Parthey auf keinem andern Wege zu ihrer Schadloshaltung gelangen können. Sein dolus oder seine culpa wird dadurch nicht entschuldigt, daß ich durch einen höhern Richter die Vollstreckung seines ungerechten Spruches hindern kann. Man kann es auch nicht als ein Versehen betrachten, wenn ich mich meines Rechts bediene, und lieber den Richter belange, als appellire. Dazu kommt noch, daß das ungerechte Urtheil vom obersten Richter gesprochen seyn kann, von dem keine Appellation mehr statt findet. (* 3)

(1) Die Schuld mag nun culpa lata, levis oder leviſſima seyn. *Es. Pufendorf* tract. de culpa Part. 7. cap. 1. §. 3. Weber am a. O. S. 31. u. f.

(2) *Thomasij* diss. de usu pract. actionis adversus iudicem imperite iudicantem, §. 10.

(3) Strube rechtl. Bed. 2. Th. 479. S. Indessen ist freylich die Klage selten.

§. 1078. Vom Herunterwerfen und Schütten.

Das zweyte Quasidelict ist das Herunterwerfen oder Schütten aus einem Hause. Wenn aus einem Hause etwas geworfen oder ausgegossen wird, an einem Ort, wo Passage ist, (ubi vulgo iter sit,) ohne zuvor eine Warnung zu geben, und ich dadurch Schaden leide, so kann ich den Bewohner des Hauses, (habitatorem coenaculi;) er sey nun Eigenthümer oder Miethsmann, belangen, den Schaden zu ersetzen; und brauche nicht zu beweisen, daß er selbst geworfen oder gegossen habe. Denn er muß auf seine Hausleute Achtung geben, und nicht leiden, daß sie heraus schütten oder werfen. Er kann es auch eher herausbringen, als ich, wer gegossen oder geworfen hat, und seinen Regreß gegen ihn nehmen.

§. 1079. Klage die daraus entsteht.

Diese Klage stellt also der Beschädigte und seine Erben an, gegen den Eigenthümer, im Fall er selbst im Hause wohnet, oder wenn er das Haus vermiethet hat, gegen den Miethsmann, nicht gegen deren Erben; (denn sie ist eine Pönalklage;) auch nicht gegen einen Gast, das heist gegen einen, dem der Eigenthümer oder Miethsmann umsonst, aus Freundschaft auf kurze Zeit die Wohnung gegeben hat. Wenn mehrere Personen im Hause wohnen: so bewohnen sie entweder verschiedene Theile, z. E. der eine das Vorder- der andere

andere das Hinterhaus; der eine das untere, der andere das obere Stockwerk; oder sie wohnen durch einander. Im ersten Fall kann nur der belangt werden, aus dessen Theil das Ausgiessen oder Werfen geschehen ist; im letzten Fall aber müssen sie in solidum haften; jeder kann auf die Schadensersetzung belangt werden. Wenn indessen einer bezahlt: so sind die andere frey; welches bey Pönalklagen aus einem wahren Delict nicht geschieht. (§. 1017.) Das Gesuch bey dieser Klage ist, 1) daß der Beklagte den zugefügten Schaden, wenn er sich taxiren läßt, z. E. an den Kleidern geschehen ist, doppelt ersetzen; 2) im Fall ein freyer Mensch tod geworfen worden ist, daß der Beklagte 50 aureos an den Kläger bezahle. Der Kläger kann übrigens jeder Mensch (quisvis ex populo) seyn. 3) Wenn ein Mensch an seinem Leibe beschädigt worden ist, daß ihm die Curationskosten (sostrum) und aller übrige Schaden ersetzt werde.

§. 1080. Natur dieser Klagen.

Wenn diese Klage wegen eines todgeworfenen freyen Menschen angestellt wird: so dauert sie nur Ein Jahr, sie kommt dem Erben nicht zu, (nemlich nicht als Erben; als Unterthan, als einer ex populo kann der Erbe klagen;) auch kann sie nicht gegen die Erben angestellt werden, weil sie eine Pönalklage ist. Hingegen wenn wegen eines andern Schadens geklagt wird: so dauert die Klage 30 Jahr, (perpetua est,) und kann von den Erben angestellt werden.

§. 1081. Vom gefährlichen Aufstellen und Aushängen an der Straße.

Das dritte Quasidelict begeht derjenige, der an seinem Hause über der öffentlichen Straße etwas aufstellt oder aushängt, z. E. Blumentöpfe, welches leicht herunterfallen, und den vorübergehenden schaden kann. Es ist also von dem Vorigen verschieden. Bey jenem wird voraus gesetzt, daß schon wirklich etwas auf die Straße gefallen ist, bey diesem, daß es noch steht, aber fallen kann.

§. 1082. Klage aus diesem Quasidelict.

Aus diesem Quasidelict kann jeder aus dem Volke eine Klage anstellen, gegen den, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat, nicht gegen den Einwohner des Hauses, (wie bey dem vorigen Quasidelict,) und zwar auf eine Strafe von 10 aureis, die der Kläger bekommt. Hat ein Sclave ohne Wissen des Herrn die Sache ausgestellt, oder ausgehängt; und er ist

keine 10 aureos werth: so kann ihn der Eigenthümer noxae geben, das heist anstatt der Geldstrafe hingeben.

§. 1083. Was ist Rechtens, wenn der Sohn diese Quasidelicte begeht?

Wenn ein filius familias bey dem Vater im Hause wohnt, und die beyde letzte bisher abgehandelte Quasidelicte begeht: so kann der Vater belangt werden. Wohnt hingegen der Sohn in einem besondern Hause: so kann der Vater nicht belangt werden, man muß gegen den Sohn selbst klagen. Wird er condemnirt, und hat ein peculium: so kann man die actionem rei iudicatae gegen den Vater anstellen, daß er aus dem peculio bezahle.

§. 1084. Vom Quasidelict der Gastwirthe u. s. w.

Wenn ich Sachen in ein Wirthshaus, ein Transportschiff, einen Stall, der an Fremde vermiethet wird, gebracht habe, und Schaden daran leide: so kann ich gegen den Wirth, den Schiffer, den Eigenthümer des Stalles 1) *ex vero delicto* z. E. Diebstahl, damno iniuria dato, klagen; wenn ich nemlich annehme und beweisen will, daß der Wirth, Schiffer u. s. w. selbst den Schaden gethan habe. 2) *Ex quasi delicto*; wenn ich annehme, daß seine Bedienten an dem Schaden Schuld sind. Diese Klage geht auf das duplum. 3) Aus dem Miethcontract. Hier muß ich beweisen, daß der Wirth in culpa levi sey. 4) Aus dem *quasicontractu receptionis*. Der Wirth, welcher mich aufnimmt, verspricht mir stillschweigends Sicherheit für meine Sachen. Leide ich also Schaden daran; sie werden gestohlen, oder verdorben: so muß der Wirth dafür stehen. Hier nehme ich weiter nichts zum Grund, als a) ich habe meine Sachen in das Wirthshaus gebracht, und b) Schaden daran gelitten. Ich bekümmere mich also nicht darum, ob der Wirth, ob seine Leute, ob Mitpassagiers, ob andere Menschen den Schaden gethan haben; genug er ist geschehen. Und diese Klage heist *actio de recepto*, nicht de receptis, wie einige irrig sagen. Der Wirth kann sich nur durch zwey Exceptionen schützen; a) wenn er beweißt, daß ich selbst in culpa bin, oder b) daß der Schade durch einen ganz unvermeidlichen Zufall verursacht worden ist.

§. 1085. Von unzeitigem Mitleid und Connivenz.

Ein fünftes Quasidelict ist unzeitiges Mitleid, wodurch ich einem schade. Der Fall im angeführten Gesetz ist: man hat einen Sclaven bey mir deponirt, den man foltern will, ich lasse ihn aus Mitleid entlaufen. Ein sechstes ist die Connivenz bey strafbaren Handlungen, wenn ich ein Verbrechen

brechen hätte verhüten sollen und können, und es nicht verhütet habe; z. E. wenn die Obrigkeit Verbrechen der Unterthanen, Eltern Verbrechen der Kinder nicht hindern, die sie doch zu hindern im Stande waren. Auch hier hat actio in factum statt. (* 1)

(1) *Püttmann* diss. de crimine conniventiae, Lipſ. 1781.

§. 1086. Heutiger Gebrauch.

Die bisherige Sätze gelten auch in Deutschland, doch mit folgenden Einschränkungen. 1) An manchen Orten ist das Ausgießen und Werfen auf die Straße völlig verboten, und daher auch strafbar, wenn gleich eine Warnung vorhergegangen ist. 2) Wer Schaden dadurch leidet, kann nur auf den einfachen Ersatz klagen, weil alle actiones in duplum bey uns wegfallen. 3) Die actiones populares auf 50. oder 10. aureos haben in Deutschland auch nicht statt. Wirft Jemand aus Versehen einen Menschen tod, so bestraft ihn die Obrigkeit mit Geld- oder Gefängnißstrafe.

LIB. IV. TIT. VI.

De Actionibus.

§. 1087. Zusammenhang dieses Titels mit den vorhergehenden.

Das Recht hat dreyerley Gegenstände: Personen, Sachen und Actionen. (§. 60.) Das Personenrecht und Sachenrecht ist nun abgehandelt, und wir gehen zu den Actionen über.

§. 1088. Was ist Actio?

Actio, Klage ist ein gerichtliches Zwangsmittel, dessen ich mich gegen einen bediene, an den ich Ansprüche habe, und der mir diese Ansprüche nicht zugesteht. Sie ist nemlich die Vorstellung meines Rechtes bey dem Richter. Wer ausser dem Staate lebt und Unrecht leidet, muß Gewalt gegen den Beleidiger brauchen, Krieg gegen ihn anfangen. Im Staate aber ist dieß nicht erlaubt. Wer Ansprüche an einen andern hat, muß sie dem Richter vortragen, er muß klagen, Klage anstellen. Zuweilen aber be-

deutet das Wort actio auch das Recht zu klagen. Man sagt z. E. häufig, habeo actionem, competit mihi actio, praetor dat actionem, actio durat 30 annos, actio exspirat. In allen diesen Redensarten bedeutet actio so viel als ius agendi, das Recht meine Sache bey dem Richter vorzustellen, und in diesem Sinn nimmt Justinian im pr. I. h. t. das Wort, wenn er sagt: actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. (*1).

(1) *Vinn.* ad pr. I. h. t. bemerkt, daß das Wort actio bald in dem weitläuftigsten, bald in weitläuftigem, bald im strengen und bald im strengsten Sinn genommen wird.

§. 1089. Erste Eintheilung der Klagen, von ihrem Zweck hergenommen.

Sieht man auf den Zweck der Klagen, so sind sie entweder petitorische oder possessorische. S. die 67. Tabelle. Wenn ich nemlich auf das Recht selbst klage: so heist die Klage petitorisch, klage ich aber nur auf den Besitz: so heist sie possessorisch. Z. E. wenn über die Jagdgerechtigkeit in einem gewissen District Streit entsteht; ich klage, behaupte, daß mir diese Gerechtigkeit zustehe, und bitte, sie mir zuzusprechen: so ist es eine petitorische Klage. Behaupte ich aber nur, daß ich bisher im Besitz der Jagdgerechtigkeit gewesen sey, und bitte den Richter, mich in diesem Besitz zu schützen, oder mich wieder hinein zu setzen: so ist es actio possessoria.

§. 1090. Die zweyte Eintheilung vom Namen.

Die Klagen sind entweder benennte oder unbenennte, die unbenennte entweder *actiones in factum*, oder *praescriptis verbis*, oder *condictiones ex lege*. Nemlich eine Klage ist entweder von einrm Gesetz ausdrücklich ertheilt, oder von den Rechtsgelehrten erfunden. Wenn sie vom Gesetz ertheilt ist: so hat sie entweder ihren eigenen Namen, oder nicht. Hat sie keinen eigenen Namen: so heist sie condictio ex lege. Nemlich es wurde zuweilen durch neue Gesetze ein Recht zu klagen ertheilt, wo vorher keines statt fand; ohne daß in dem Gesetz der Name der Klage bestimmt war, und ohne daß man diese Klage als die Gattung einer schon eingeführten und benennten Art von Klagen ansehen konnte. Jetzt nennte man sie condictionem ex lege, nemlich illa lege, qua introducta erat actio. (*1) Z. E. L. 35. §. ult. C. de donat. giebt eine Klage aus der Schenkung, wenn diese gleich mit simplen Worten (nudis verbis) geschehen ist. Man stellt daher aus der Schenkung condictionem ex L. 35. §. ult. C. de donat. an, (§. 409. 414.) L. 10 C. de donat.

donat. erlaubt, eine Schenkung wegen der Undankbarkeit des donatarii zu revociren. Die Klage, die man zu dem Ende anstellt, heist deswegen condictio ex lege 10. C. de revoc. donat.

Wenn die Rechtsgelehrten eine Klage eingeführt haben, so liegt sie entweder implicite in einem Gesetz, so daß die Juristen die ausdrücklich von diesem Gesetz ertheilte Klage nur auf einen andern Fall ausgedehnt, und den Namen der Klage beybehalten haben; oder die Rechtsgelehrte haben die Klage blos aus der Billigkeit hergeleitet. Im ersten Fall heist sie *actio utilis*, im zweyten *actio in factum*. Z. E. die Gesetze gestatteten ausdrücklich dem Pupillen eine Klage gegen den Vormund, welche actio tutelae hieß. Die Rechtsgelehrten behaupteten mit Grund, daß diese Gesetze implicite auch dem Minderjährigen eine Klage gegen den Curator ertheilten, und nennten diese Klage actionem tutelae utilem. Die actiones in factum sind entweder *praescriptis verbis*, oder in factum in strengem Verstande. Eine Klage, die aus einem unbenennten Contract entsteht, heist actio praescriptis verbis, entspringt sie aber aus einer andern Quelle: so heist sie in factum stricte. Z. E. wenn aus dem Tauschcontract geklagt wird: so ist es eine actio in factum praescriptis verbis; klage ich aber aus einem Quasidelict, (§. 1077. §. 1079. §. 1082. §. 1084.) so heist die Klage actio in factum sensu stricto.

(1) *Westenberg* de causis obligationum, diff. 4. hat dieses weitläuftig und sehr gut ausgeführt.

§. 1091. Dritte Eintheilung von dem entfernten Fundament.

Sieht man auf das entfernte Fundament der Klagen: so entstehen sie entweder aus einem bürgerlichen Gesetz, oder aus dem Edict des Prätors. Jene heissen *civiles*, diese *praetoriae*. Z. E. die actio mutui, commodati, emti, venditi u. s. w. sind actiones civiles, denn sie entstehen aus bürgerlichen Gesetzen. Hingegen die actio hypothecaria, de constituta pecunia &c. heissen prätorische, weil sie vom Prätor erfunden sind. Die Civilklagen sind entweder *directae* oder *utiles*. Directa actio heist diejenige, welche sich in den ausdrücklichen Worten der Gesetze gründet; utilis, welche aus dem Gesetz durch eine Folgerung hergeleitet ist, sich auf die Raison des Gesetzes gründet.

Doch haben die Wörter actio directa und utilis zuweilen auch eine andere ganz verschiedene Bedeutung. Nemlich wenn ich einem ein Recht abgetreten habe, ihm Vollmacht gebe, in meinem Namen es einzuklagen, und

er es nun als mein Procurator wirklich einklagt: so sagt man directe agit, actione directa experitur. Wenn ich aber einem das Recht überlassen habe, und er ohne Vollmacht von mir in eigenem Namen daraus klagt: so heist die Klage actio utilis. Z. E. wenn mir Jemand eine Erbschaft abgekauft hat: so bin ich schuldig ihm Vollmacht zu Eintreibung der ausstehenden Erbschulden zu ertheilen, (obligatus sum ad cedendas actiones.) Thue ich es: so kann er directe gegen die Schuldner klagen; thue ich es aber nicht, so stellt er actionem utilem an.

§. 1092. Vierte Eintheilung vom nächsten Fundament.

Das nächste Fundament einer Klage ist entweder ius personarum oder ius rerum. Klagen, welche aus dem Personenrecht entstehen, heissen actiones *praeiudiciales*. Die aus dem Sachenrecht entspringende gründen sich entweder auf ein dingliches, (ius in re,) oder auf ein persönliches Recht, (ius ad rem.) Jene heissen actiones *reales*, oder *vindicationes* sensu generali, auch *petitiones*; diese actiones *personales*, oder *condictiones* sensu generali, oder auch *actiones sensu strictissimo*. (*1) Die Ursache, warum die aus dem Personenrecht entstehende Klagen actiones praeiudiciales heissen, liegt darin, weil von der Entscheidung dieser Klagen gewöhnlich viele andere Rechtsfragen abhängen, (hae actiones multis aliis causis *praeiudicium* faciunt.) Z. E. von der actione de filiatione, wo die Rede davon ist, ob ich ein Sohn des andern bin, hängen die Fragen ab: ob er mich zu alimentiren schuldig sey; ob er die Rechte der väterlichen Gewalt über mich habe, ob er mich zum Erben ernennen müsse und ich ihn, ob er mich ab intestato erbe und ich ihn ꝛc.

Giebt es aber auch actiones mixtas, die theils aus dem iure in re theils iure ad rem entstehen? Viele Juristen leugnen es. (*1) Allein ihre Gründe sind nicht unwiderleglich. (*3) Es giebt vier Klagen, welche allerdings mixtae sind, nemlich hereditatis petitio, actio finium regundorum, familiae herciscundae und communi dividundo. Bey der hereditatis petitione (§. 705.) gründet sich der Kläger auf das Erbrecht, also auf ein ius in re. Er klagt aber auch aus dem facto administrationis; verlangt, daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege; und in dieser Rücksicht ist seine Klage personal. Wer actionem familiae herciscundae anstellt, (§. 708.) verlangt, daß eine bisher ungetheilte Erbschaft vertheilt werde. Er gründet sich auf ein dingliches Recht, ius cohereditarium, verlangt aber zugleich Rechnungsablage, oder auch zuweilen Erstattung seiner Auslagen, dies sind Personalforderungen.

rungen. In der actione communi dividundo gründet sich der Kläger auf sein Miteigenthum, macht aber auch Personalforderungen, will Rechnung abgelegt, Schaden erstattet haben. (§. 949.) Endlich bey der actione finium regundorum vindicire ich meinen Acker, klage also aus einem iure in re, verlange aber zugleich das interesse vom andern, wenn er seinen Acker zu weit ausgedehnt hat, klage also auch aus einem Quasicontract, (§. 935.) mithin aus dem iure ad rem. Bey der hereditatis petitione ist freylich das Erbrecht die Hauptsache, sie ist also mehr real als personal; (accedit propius ad actiones reales;) hingegen bey der actione familiae herciscundae wird das Erbrecht als ausgemacht voraus gesetzt, die Hauptsache sind praestationes personales. Diese Klage ist folglich mehr personell als reell, (accedit propius ad personales.) Indessen hindert dies nicht, jene sowohl als diese actionem mixtam zu nennen.

(1) L. 28. D. de oblig. et act. L. 178. §. 2. D. de verb. signif.
(2) *Ant. Faber* coniect. Lib. 20. cap. 10. *Donell.* comment. Lib. 21. cap. 1. *Vultejus*, *Harpprecht*, *Giphanius* ad §. 1. I. h. t. *Hunn.* in resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 6. *Zoller* observat. singular. (Lipsi. mens. Iul. 1773) §. 4.
(3) *Bachov.* de act. disp. 2. §. 7. *Heinecc.* ad *Vinn.* §. 1. h. t. pag. 782.

§. 1093. Verzeichniß der Präjudicialklagen.

Die vornehmste Präjudicialklagen haben wir oben kennen gelernt. Sie sind actio de libertate et ingenuitate, (§. 84.) actio de filiatione et patria potestate. (§. 106.) Wer die Präjudicialklagen vollständig kennen lernen will, kann sie bey den Schriftstellern, die von den Klagen eigene Abhandlungen geschrieben haben z. E. Schmidt (*1) finden.

(1) Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 218. u. f. f.

§. 1094. Von den Realklagen.

Die Realklagen entstehen aus dem dinglichen Recht; dieses ist entweder Eigenthum, oder Erbrecht, oder Dienstbarkeit, oder Pfandrecht. Daher 1) giebt es auch vier Arten von Realklagen, die sich theils in den Civilgesetzen, theils in dem prätorischen Edict gründen. Z. E. in den Civilgesetzen gründet sich rei vindicatio, hereditatis petitio civilis, actio confessoria und negatoria; in dem prätorischen Edict, actio publiciana, possessoria hereditatis petitio, actio hypothecaria.

§. 1095. Natur dieser Klagen.

Das dingliche Recht haftet unmittelbar auf der Sache, ohne Rücksicht auf den Besitzer. Daher 2) kann eine Realklage der Regel nach gegen jeden Besitzer angestellt werden. (*1) Daß übrigens auch derjenige als Besitzer angesehen wird und belangt werden kann, der dolo aufgehört hat zu besitzen haben wir schon mehrmals gehört. (§. 282.) 3) Wer im Besitz ist, kann keine Realklage anstellen. Denn entweder müßte er klagen, daß ihm ein dingliches Recht zuerkannt, und die Sache herausgegeben werde; das aber wäre widersprechend; oder er klagte, daß dem Beklagten die Sache aberkannt werde, und dieß wäre unnütz; denn wenn die Sache auch meinem Gegner nicht gehört, so ist sie darum nicht mein, und wozu sollte diese Klage dienen, da ich im Besitz bin? Eine Ausnahme hat dieser Satz. Justinian sagt §. 2. I. h. t. ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. (*2) Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius adparebit. Ueber diese Worte ist ein grosser Streit entstanden. Man streitet nemlich, ob man nicht lesen müsse: sane *non* uno casu &c. und wenn die gemeine Lesart beybehalten wird, welches der unus casus sey. (*3) Da Theophilus in seiner Paraphrase die negatorische Klage als den unum casum angiebt, und das, was man dagegen anführt, wenig Gewicht hat: so halte ich diese Meynung für die einzige wahre. Wenn ich nemlich gleich im Besitz der natürlichen Freyheit bin, so kann ich doch Ursache haben, die Negatorienklage anzustellen. Man denke sich den Fall, daß mir der Nachbar durch mein Haus geht; ich stelle ihn deswegen zur Rede; er behauptet, er habe das Recht durch zu gehen. Ich verschließe also mein Haus, um den Durchgang zu verhindern. Weil ich aber fürchte, daß der Nachbar, sobald die Thüre wieder offen stehet, heimlich durchgehen werde, so stelle ich die negatorische Klage an, bitte dem Nachbar die prätendirte Servitut abzusprechen, alle Turbationen zu untersagen, und ihn desfalls zur Caution anzuhalten. 4) Eben so wenig als der Eigenthümer eine Realklage anstellen kann, wenn er im Besitz ist, eben so wenig kann er eine Personalklage gebrauchen, wenn er den Besitz verloren hat. Indessen ist auch hier eine Ausnahme, nemlich bey der condictione furtiva. (§. 1030.)

(1) Die Ausnahmen dieser Regel zeigt *Oelze* in progr. de actione reali, adversus quemcumque possessorem non competente, Ien. 1769.

(2) Die Worte per quam neget, rem *actoris* esse sind dunkel genug, und einige wollen statt *actoris* gelesen haben *alterius*. *Vinnius* ad h. t. erklärt es so: actoris verbo hic intelligitur is, qui non possidet. Non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Aber wie gezwungen ist dieß!

(3) Dou-

(3) *Doujat* diss. de uno casu in §. 2. I. de act. apud *Reiz.* Theoph. Tom. 2. pag. 1222. *Sigm. Reich. Iauch* diatrib. ad §. 2. h. t. Dresd. 1703. *Otto* in not. ad h. §. *Dorettus* ad §. 2. I. de act. Lignit. 1737. *Heinecc.* ad *Vinn.* ibid. *Sammet.* opusc. p. 62. *Walch* ad *Hopp* §. 2. h. t.

§. 1096. Verzeichniß der Realklagen.

Aus dem Eigenthumsrecht entsteht die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*; (§. 344. 345.) aus dem Erbrecht *hereditatis petitio*, (§. 704. u. f. f.) und *querela inofficiosi*; (§. 534. u. f. f.) aus dem Servitutsrecht *actio confessoria*, und gegen dessen Anmassung *actio negatoria* oder *negativa*; (§. 388. u. f. f.) aus dem Pfandrecht *actio Serviana* und *quasi Serviana* oder *actio hypothecaria* (§. 722. u. f. f.)

§. 1097. 1098. Von Personalklagen.

Die Personalklagen entstehen aus dem iure ad rem. Dieses ist ein Recht, das mir gegen eine gewisse Person zukommt, vermöge dessen diese Person mir etwas zu prästiren schuldig ist. Daraus folgt, 1) daß die Personalklagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sondern nur gegen die verpflichtete Person; 2) daß sie alle eine Verbindlichkeit voraussetzen.

Eine wichtige Frage ist, ob jede vollkommene Verbindlichkeit, jede Verbindlichkeit zu deren Erfüllung mich einer nach dem Naturrecht zwingen kann, eine Klage hervorbringe; oder ob nur die Verbindlichkeiten diesen Effect haben, welche in den römischen Gesetzen ausdrücklich bestätigt sind? Die gemeine Meynung ist, daß nur die letztere eine Klage produciren. Ein neuer Schriftsteller (* 1) hat diese Meynung bestritten. Seine Gründe aber überzeugen mich nicht. Das gebe ich indessen zu, daß heutiges Tages aus jeder vollkommenen natürlichen Verbindlichkeit, wenn die bürgerliche Gesetze nicht ein anders verordnen, eine Klage statt finde.

Einige Personalklagen haben die besondere Natur, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sie heissen actiones in rem scriptae. Also actio in rem scripta ist eine Klage, die ihrer Natur nach zwar nur personal, aber von den Gesetzen gleichwohl so qualificirt ist, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden kann. Dahin gehört actio Paulliana, (§. 1102.) quod metus causa, (§. 1006.) actiones noxales, (§. 1161.) actio ad exhibendum, (§. 1100.) actio aquae pluviae arcendae. Diese letzte stelle ich an, wenn der Besitzer eines höher liegenden Ackers, etwas vornimmt, z. E. einen

Damm aufwirft, einen Graben zieht, welches macht, daß das Regenwasser auf mein Feld nicht seinen natürlichen Abfluß hat, sondern mit Gewalt an Einem Ort allein herunter schießt, und mir Schaden thut. Wenn nemlich Felder an dem Abhang eines Berges liegen, so sind die unten liegende mit der natürlichen Dienstbarkeit, (seruitute naturaliter constituta) beschwert, daß sie das Wasser, welches von den obern abfließt, aufnehmen müssen. Solang also das Wasser seinen natürlichen Abfluß hat, können sich die Eigenthümer der tiefer liegenden Feldstücke nicht beschweren. Sobald hingegen die Eigenthümer der obern Stücke etwas anlegen, welches den natürlichen Lauf des Regenwassers ändert, und für die untern Felder schädlicher macht, so haben diese ein Recht zu klagen.

(r) Adolph. Diter. Weber in s. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichk. 1. Abth. 116. u. f. f. S. Sein Hauptargument ist, daß in solchen Fällen wo eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden gewesen, und es an einer Klage gefehlt habe, man immer noch zur actione in factum habe greifen können. Allein daß diese Klage in allen Fällen zugelassen worden ist, wo nach dem Naturrecht eine Zwangsbefugniß eintritt, und eine andere Klage ermangelt, kann man nicht zugeben. Wie hätte sonst der Jurist in dem Fall der L. 32. D. de reb. cred. zweifeln können, ob eine Klage Platz greife? Nach der gesunden Vernunft hat im Fall der L. 33. D. de condict. indeb. der bonae fidei Besitzer unstreitig ein Recht die Baukosten zu repetiren, und doch heist es dort *nullo modo, quam per retentionem*, impensas servare potest. Man sehe auch L. 48. D. de rei vind. und L. 14. §. 1. verf. hoc enim casu D. commun. divid. die Juristen versuchten es freylich, und schlugen in solchen Fällen, wo es die Billigkeit erforderte, und die Rechtsanalogie erlaubte, Klagen vor. Servius respondit, heist es in der L. 21. pr. D. de negot. gest. aequum esse, Praetorem in eum reddere iudicium. Allein nun kam es darauf an, ob der Prätor die Klage zuließ. Geschah dieß, und die Klage wurde einigemal in den Gerichten durchgesetzt, so hatte sie den Gerichtsbrauch, ein ius non scriptum vor sich, und nun ließ sich nichts mehr dagegen sagen. Wie aber, wenn der Prätor die Klage verwarf, si non reddebat iudicium? Begieng er darin eine Ungerechtigkeit, handelte er gegen die Gesetze? Dieß möchte ich nicht behaupten.

§. 1099. Eintheilung derselben.

Die Personalklagen gründen sich auf eine Verbindlichkeit. Diese entsteht entweder aus einem *facto obligatorio*, (das heist aus einer Convention oder einem Verbrechen,) oder unmittelbar aus der Billigkeit. Daher giebt es zweyerley Personalklagen, einige gründen sich auf ein obligatorisches Factum, und diese heissen *nativae*, (quia nascuntur ex facto;) andere werden unmittel-

mittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben, und heissen daher actiones *dativae*, (quia dantur a lege.)

§. 1100. Von den dativis.

Die actiones dativas giebt meistens der Prätor oder Aedilis, selten ein Civilgesetz. Folgende Klagen gehören in diese Classe: 1) *actio ad exhibendum.* Sie setzt voraus, daß Jemand eine Sache besitzt, daß mir daran gelegen ist, sie zu sehen, weil mir eine solche Sache abhanden gekommen ist, und ich daher wissen möchte, ob er die meinige besitze, und ob ich ihn folglich mit Grund belangen könne, oder nicht. Wenn ich nun in diesem Fall klage, verlange, daß mir der Besitzer die Sache vorzeige, oder wenn er sich dessen dolose weigert, mir das Interesse prästire: so heist die Klage actio ad exhibendum. 2) Actio in factum de edendo. Die argentarii, (§. 852.) welche davon Profession machten, Geld auf Zinsen auszuleihen, und Münzen zu verwechseln, wurden auch bey allen wichtigen Contracten als Makler zugezogen. Sie führten Protocolle, in die sie alles eintrugen, was in ihrem Beyseyn verhandelt wurde. War mir nun daran gelegen, ein solches Protocoll einzusehen, so konnte ich den argentarium auf dessen Vorzeigung actione de edendo belangen. 3) Actio rehibitoria und quanti minoris. Diese sind schon §. 734. erklärt.

§. 1101. Fortsetzung.

Auch 4) die actio quod metus, die actio doli und die Klage, welche aus der restitutione minorum entsteht, die aber keinen recipirten Namen hat, (einige nennen sie actionem aetatis) sind actionis dativae, denn sie werden sämmtlich vom Prätor der Billigkeit wegen gegeben. Im §. 1006. 1008. und 1009. sind sie erklärt worden.

§. 1102. Fortsetzung.

Aus der Billigkeit, oder wie andere wollen, aus einem Quasicontracte, entsteht 5) die *condictio sine causa*; (§. 957.) 6) die actio *Paulliana* oder *revocatoria.* Sie setzt voraus, daß ein concursmäsiger Schuldner etwas von seinen Sachen veräussert, z. E. verschenkt, oder um einen Spottpreis verkauft. Die Gläubiger stellen also eine Klage an, und fordern die Sache zurück. Eine Aehnlichkeit mit dieser Klage haben die actiones *Faviana* und *Calvisiana* (§. 1193.) Endlich entsteht auch aus der Billigkeit die berühmte condictio ex L. 32. D. de reb. cred. welches Gesetz die Alten legem auream,

aureis literis ſcribendam, ſpeculum aureum, legem divinam &c. nennen. (*1) Der Fall iſt dieſer: A. ſpricht mich und den Titius um ein Geld-darlehn an. Ich gebe einem, der mir ſchuldig iſt, Ordre, den A. die verlangte Summe zu bezahlen. Dieſer bezahlt ſie auch. Allein A. glaubt, daß das Geld auf Ordre des Titius bezahlt worden, daß er alſo nicht mein, ſondern des Titius Schuldner ſey. Hier kann ich die actionem mutui gegen den A. nicht anſtellen, denn ich habe wirklich nicht mit ihm contrahirt. Weil er aber doch das Geld von meinem Schuldner erhalten habe: ſo giebt mir das Geſetz, der offenbaren Billigkeit wegen, eine Klage, und dieſe heiſt *condictio ex L. 32. de reb. cred.* oder, wie ſie Conradi nennt, condictio *Iuventiana*, weil das Geſetz aus dem Juventius Celſus genommen iſt. (*2)

(1) Die Worte ſind: ſi et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iuſſerim, tu ſtipulatus ſis, cum putares eum Titii debitorem eſſe: an mihi obligaris? Subſiſto, ſiquidem nullum negotium mecum contraxiſti; ſed propius eſt ut obligari te exiſtimem; non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim niſi inter conſentientes fieri non poteſt; ſed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, mihi a te reddi bonum et aequum eſt.

(2) Man ſ. von dieſer Klage auch *Weſtenberg* de cauſ. obligat. Diſſ. 3. cap. 2. ſqq. *Ilied. Gotthard Eckard* diſſ. de condict. ex L. 32. D. de reb. cred. Lipſ. 1729.

§. 1103. Von den Nativklagen.

Die Nativklagen entſtehen entweder aus einem Verbrechen, oder aus einer Convention; die letztere entweder aus einem Contract, oder aus einem *pacto non nudo*. Pacta nuda wirkten bey den Römern keine Klage. Heutiges Tags aber entſteht aus allen Verträgen, welche die nach dem Naturrecht zu einem gültigen Vertrage nöthige Eigenſchaften haben, und nicht durch ein Specialgeſetz für ungültig erklärt ſind, eine Action. Wie man ſie nennen will, iſt einerley. Einige nennen ſie *condictionem ex ſtipulatu*, weil alle Verträge eben ſo gültig als eine Stipulation ſind; andere *condictionem ex lege*, *condictionem ex moribus*; *actionem ex pacto*.

§. 1104. Klagen aus den pactis legitimis und adiectis.

Die pacta non nuda ſind entweder legitima, oder praetoria, oder adiecta. Aus den pactis legitimis entſpringt die *condictio ex lege* (§. 1090.) Aus den adiectis wird dieſelbe Klage angeſtellt, die aus dem Contract entſteht, welchem das pactum beygefügt iſt; z. E. das pactum einem Kaufcontract angehängt iſt: ſo wird actio emti oder venditi daraus angeſtellt, u. ſ. w.

§. 1105. Klagen aus den pactis praetoriis.

Prätorische Verträge sind *hypotheca*, *constitutum* und *delatio iuramenti extraiudicialis*. (§. 747.) Aus der Hypothek, weil sie ein dingliches Recht giebt, entsteht keine Personal- sondern die Realklage *actio Serviana* und *quasi Serviana*. (§. 722.) Aus dem constituto *actio de constituta pecunia*. (§. 847.) In älteren Zeiten gehörte auch die *actio receptitia* hierher. Wenn ein Argentarius versprach, das, was ein anderer schuldig war, zu bezahlen: so hieß das Versprechen *receptum*, und der Argentarius konnte daraus *actione receptitia* belangt werden. In der Folge aber führte der Prätor ein, daß jeder Bürger aus einem solchen Versprechen: in so fern es *res fungibiles* beträfe, sollte belangt werden können. Justinian dehnte dieß auf alle Arten von Sachen aus, und nun war die actio receptitia überflüßig. (*[1])

(1) *Hubert.* Diss. 2. de argentariis Cap. 2. in *Oelrichs* thes. Diss. Belg. vol. 2. Tom. 1. p. 120. sqq.

§. 1106. Von der Klage aus dem Eyde.

Ein Eyd hatte nach den römischen Civilgesetzen nicht mehr Wirkung als ein pactum nudum, das heist, wenn Jemand eine Forderung an mich machte, ich erklärte, daß ich ihn bezahlen wolle, wenn er die Forderung beschwöre, und er wirklich schwor: so konnte ich nicht auf die Zahlung belangt werden. Aber der Prätor ertheilte gegen mich eine Klage: *actionem in factum ex iureiurando.*

§. 1107. Klagen aus den Contracten.

Die Contracte sind entweder wahre oder Quasicontracte; (§. 748.) die wahre entweder benennte oder ungenannte; (§. 749.) die benennte entweder *reales*, oder *verbales*, oder *literales*, oder *consensuales*. (§. 750.)

§. 1108. Und zwar aus den Realkontracten.

Der benennten Realcontracte sind vier: *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*. Aus dem mutuo entsteht *condictio certi ex mutuo* oder *actio mutui*. (§. 769.) Aus dem Commodat actio commodati directa und contraria. (§. 776.) Aus dem deposito actio depositi directa und contraria. (§. 787.) Aus dem Pfandcontract actio pignoratitia directa

und contraria; (§. 797.) auch interdictum Salvianum und quasi Salvianum, wovon §. 1213. gehandelt werden wird.

§. 1109. Aus den Verbal- und Litteralcontracten.

Aus dem Verbalcontract der Stipulation wird condictio certi und incerti ex stipulatu, (§. 809.) aus dem Literalcontract condictio ex chirographo angestellt. (§. 857.)

§. 1110. Aus den Consensualcontracten.

Der Consensualcontracte sind fünf: emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, emphyteusis. Die emtio giebt *actionem emti et venditi*, (§. 874.) die locatio conductio *actionem locati et conducti*; (§. 893.) die societas actionem *pro socio*; (§. 916.) das mandatum *actionem mandati directam* und *contrariam*; (§. 929.) und die emphyteusis *actionem emphyteuticariam directam* und *contrariam*. (§. 903.)

§. 1111. Aus den ungenannten.

Aus allen ungenannten Contracten entsteht nur Eine Klage, welche *actio in factum praescriptis verbis* heist. (§. 801.) Diese Contracte veranlassen aber auch zuweilen noch eine andere Klage, die condictionem causa data, causa non secuta. (§. 957.)

§. 1112. Aus den Quasicontracten.

Aus den Quasicontracten entstehen folgende Klagen: 1) aus der negotiorum gestione die *actio negotiorum gestorum directa* und *contraria*. (§. 940.) 2) Aus der Tutel *actio tutelae directa* und *contraria*. (§. 943.) 3) Aus der Administration einer gemeinschaftlichen Erbschaft *actio familiae herciscundae*. (§. 708.) 4) Aus der Administration einer einzelnen gemeinschaftlichen Sache *actio communi dividundo*. (§. 949.) Doch sind diese beyde Klagen actiones mixtae, sie gründen sich zum Theil auf ein dingliches Recht. (§. 1092.) 4) Aus der Erbschaftsantretung *actio personalis ex testamento*. (§. 952.) 6) Aus der indebiti solutione *condictio indebiti*. (§. 956.) 7) Aus der Aufnahme in ein Wirthshaus, Schiff, Stall, *actio in factum de recepto*. (§. 1084.) Aus der Besorgung einer Beerdigung *actio funeraria*. Wenn ich nemlich einen Menschen begraben lasse, den ich begraben zu lassen

nicht

nicht schuldig bin: so kann ich gegen den, welchem diese Pflicht oblag, und gegen seine Erben auf die Erstattung der Kosten klagen.

§. 1113. Klagen aus Verbrechen.

Die delicta sind entweder vera oder quasi delicta; entweder publica oder privata; entweder ordinaria oder extraordinaria. Von den publicis delictis handelt der letzte Titel dieses Buchs, von den extraordinariis wird in den Pandecten gehandelt, also gehören nur die Privatverbrechen hierher.

§. 1114. Aus den Privatverbrechen.

Aus dem Diebstahl entsteht *condictio furtiva* (§. 1030.) und *actio furti.* (§. 1031.) Aus dem Raub *actio vi bonorum raptorum* und *actio furti.* (§. 1042.) Aus dem damno iniuria dato *actio legis Aquiliae.* (§. 1052. 1056.) Aus den Injurien *actio iniuriarum aestimatoria, persecutio criminalis* und *actio ex lege Cornelia.* (§. 1067. u. f. f.)

§. 1115. Fortsetzung.

Auch gehört noch hieher 1) *actio de albo corrupto.* Die Magistratspersonen machten ihre Edicte *in albo* bekannt, das heist nach der richtigen Erklärung auf einer ausgehängten weissen Tafel. Wenn sich nun Jemand an dieser Tafel vergieng; sie zerschlug, befleckte, wegtrug u. s. w. so konnte Jeder aus dem Volk gegen ihn actionem de albo corrupto anstellen, auf eine Strafe von 500 aureis, die der Ankläger bekam. Heutiges Tags wird einer, der sich an obrigkeitlichen Programmen vergeht, mit einer fiscalischen Strafe, Geldstrafe, Gefängniß u. d. g. belegt, aber die actio de albo corrupto auf 500 aureos, fällt weg.

2) *Actio in factum contra eum qui ius iniquum statuerat aut impetraverat.* Wenn ein magistratus während seines Amtes in einem gewissen Falle etwas unbilliges statuirt hatte, und nach niedergelegtem Amte in denselben Fall kam: so mußte er den unbilligen Satz jetzt auch als Recht gegen sich gelten lassen. Desgleichen wenn mein Gegner in einem Proceß etwas unbilliges gegen mich erhalten hatte: so konnte ich verlangen, daß er bey anderer Gelegenheit diese Unbilligkeit auch wieder gegen sich gelten lassen mußte. Dieß gründet sich auf die Regel: quod quisque iuris in alium statuerit, eodem et ipse utatur. Ob aber in dem einen und andern Fall eine eigne Klage nöthig war, daran zweifle ich.

3) *Actio*

3) *Actio in factum contra eum qui ius dicenti non obtemperaverat.* Wenn Jemand die Befehle des magistratus nicht befolgte: so konnte der Gegentheil eine Klage anstellen *ad id quanti ea res erat*, wie Ulpian in der L. un. §. 4. D. si quis ius dic. non obtemp. sagt, das heist nach der richtigern Erklärung, auf eine arbiträre Strafe. (*1) Wenn heutiges Tags ein Urtheil gesprochen ist, und der Besiegte es nicht freywillig in Erfüllung setzt: so hält der Sieger um die Execution an. Der Richter erläßt alsdenn ein mandatum de parendo sententiae, setzt einen Termin zur Befolgung des Urtheils und droht mit der Execution. Verstreicht dieser Termin fruchtlos: so wird, nach bewandten Umständen, wohl noch ein zweyter gesetzt, und wenn auch binnen diesem der Besiegte der Sentenz nicht Folge leistet: so wird die Execution wirklich vorgenommen. Von einer Strafe aber weiß man nichts.

Actio in factum contra eum, qui in ius vocatum vi exemit. In den älteren Zeiten Roms wurde der Beklagte nicht durch Gerichtsdiener vor den Prätor gefordert, sondern wer Jemand belangen wollte, forderte ihn selbst vor. Wollte er nicht gutwillig mitgehen: so konnte man ihn mit Gewalt hinschleppen. Wenn ich dieses thun wollte; aber ein dritter dem Beklagten zu Hülfe kam, ihn aus meinen Händen befreyete, und ich dadurch Schaden litt, weil z. E. der Schuldner sich unsichtbar machte: so konnte ich diesen dritten auf das Interesse belangen.

5) *Actio in factum contra eum, per quem factum est, quo minus quis in iudicio se sistat.* Wenn der Beklagte vor den iudex pedaneus auf einen gewissen Tag citirt worden war, ein dritter aber ihn aus Vorsatz und Gefährde abhielt, zu erscheinen, und ich dadurch Schaden litte: so konnte ich ebenfalls gegen den dritten auf das Interesse klagen.

(1) Man s. von dieser Klage *Perenon.* animadvers. lib. 1. cap. 20. in thesaur. *Otton.* Tom. 1. p. 615. *Os. Aurel.* de variant. Cuiacii, dispunct. 6. in thesaur. *Otton.* Tom. 3. p. 708. *Grangiani* paradox. cap. 47. in thesaur. *Meermann.* Tom. 5. p. 637. *Voorda* diss. ad L. un si quis ius dicenti non obtemp. in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. Tom. 1. Vol. 2. *Trendelenburg* diss. ad eamd. leg. Bützov. 1765.

§. 1116. Fortsetzung.

6) *Actio in factum de calumniatoribus.* *Calumnia* heist bey den Juristen eine dolose Handlung, da man einen unter dem Schein des Rechts beleidigt, kurz eine Schicane. Hier aber ist von einer besondern Gattung der calumniae

lumniae die Rede, wenn man a) einem Geld oder Geldeswerth giebt, daß er einem dritten einen schicanösen Proceß anzetteln soll; oder b) wenn jemand einen solchen Proceß anstellen will, und Geld nimmt, damit er es unterlasse. Der nemlich, welcher in dem ersten oder andern Fall etwas bekommt, heist *Calumniator.* Nach Verschiedenheit der Umstände haben verschiedene Klagen statt. a) Weun A. dem B. das Geld zu dem Ende gegeben hat, um ihn zu einem ungerechten Proceß gegen mich den C. zu bewegen: so kann ich den Gebenden A. actione iniuriarum, und den Empfänger B. actione de calumniatoribus belangen. Diese Klage geht auf eine poenam quadrupli dessen, was der Beklagte empfangen hat, wenn ich sie binnen Einem Jahr, (vom Tage der Wissenschaft an,) auf das simplum aber, wenn ich sie nach Verlauf des Jahrs anstelle. b) Hat aber A. dem B. das Geld gegeben, daß er mir dem C. keinen ungerechten Proceß errege: so kann A. es condictione ob turpem causam zurück fordern, und ich actionem de calumniatoribus gegen den B. anstellen. Endlich c) wenn ich selbst dem A. Geld gebe, daß er mich nicht schicaniren möge: so kann ich ihn actione de calumniatoribus belangen.

7) *Condictio ob turpem causam.* (§. 957.) Sie kann aber auch aus einer andern Quelle, der Billigkeit nemlich hergeleitet werden.

8) *Actio de servo corrupto.* Wenn einer meinen Sclaven oder Sclavin zu bösen Handlungen verführt, und ich Schaden dadurch leide: so kann ich auf die doppelte Ersetzung klagen.

9) *Actio in factum contra mensorem.* Wenn ich das Maaß eines Stück Feldes wissen möchte, zu dem Ende es durch einen Feldmesser messen lasse, dieser mir dolo oder culpa lata ein unrichtiges Maaß angiebt, und ich dadurch Schaden leide; indem ich es entweder zu theuer kaufe, oder zu wohlfeil verkaufe: so kann ich von dem Feldmesser die Schadensersetzung fordern.

§. 1117. Fortsetzung.

Endlich gehören auch hieher 10) die *actio rerum amotarum;* (§. 1021.) 11) *actio de suspectis tutoribus* oder *accusatio tutoris suspecti;* (§. 250.) 12) *actio de rationibus distrahendis.* (§. 220.)

§. 1118. Aus den Quasidelicten.

Aus allen Quasidelicten entsteht Eine gemeinschaftliche Klage, die actio in factum, die aber freylich nach Verschiedenheit des Delicts auch verschiedene Eigenschaften hat, wie wir bey den einzelnen Quasidelicten im 5. Titel dieses Buchs gesehen haben.

§. 1119. Fünfte Eintheilung der Klagen von dem Gegenstand und zwar in Rücksicht auf dessen Qualität hergenommen.

Die Klagen sind, wenn man auf ihren Gegenstand, und zwar dessen Qualität sieht, entweder rei *persecutoriae* oder *poenales* oder *mixtae*. Nemlich wenn ich das, worauf ich ein ius in re habe, oder was mir ein anderer versprochen hat, oder was ich durch des andern Schuld verlohren habe, fordre: so heist die Klage rei persecutoria; fordre ich aber eine Summe Geld zur Strafe für das delictum des andern; so heist sie poenae persecutoria. Und endlich wenn ich auf eine Summe klage, in der zugleich meine Entschädigung und Strafe für des Beklagten Vergehen enthalten ist: so heist es actio rei et poenae persecutoria oder mixta.

Diese mixtae sind wieder zweyerley, entweder *mixtae ab utraque parte*; oder *mixtae a sola parte actoris*. Nemlich mixta ab utraque parte ist, wenn der Beklagte das, was er durch das delictum bekommen hat, herausgeben, und noch eine Strafe dabey bezahlen muß; z. E. die actio vi bonorum raptorum. Mixta a parte sola actoris aber ist alsdenn die Klage, wenn der Beklagte nichts durch das delictum acquirirt hat, und doch nicht nur dem Kläger den Schaden ersetzen, sondern auch eine Strafe erlegen muß. Dahin gehört z. E. actio de servo corrupto. (§. 1116) Unter den Pönalklagen giebt es eine gewisse Gattung, von denen man sagt: daß sie blos ad vindictam gehen. Ihre Beschaffenheit ist oben §. 1016. erklärt. Auch giebt es gewisse Pönalklagen, die Jeder aus dem Volk anstellen kann, sie heissen daher *actiones populares*. Exempel kommen im §. 1082. und 1115. l. vor.

§. 1120. Von den Actionibus rei persecutoriis.

Rei persecutoriae sind also 1) alle Realklagen (§. 1096.) 2) alle Klagen aus Contracten und pactis, ausgenommen die Klage aus dem deposito miserabili, wenn es der depositarius leugnet, denn sie geht auf das duplum, (§. 785.) ist also rei et poenae persecutoria. 3) *Condictio furtiva* (§. 1030.) und *rerum amotarum*. (§. 1021.)

§. 1121. Von den Pönal- und vermischten Klagen.

Pönalklagen sind die meisten, welche aus delictis entstehen; als *actio furti*, *actio iniuriarum*, *de albo corrupto*, actio *in factum de suspenso vel posito*, (§. 1081.) *actio contra dejicientem in* 50. *aureos*. (§. 1079.) Mixtae sind die *actio vi bonorum raptorum*, (§. 1042.) *ex lege Aquilia*, (§. 1052.)

und

und *actio de legatis venerabilibus locis vel ecclesiae relictis.* Wenn einer Kirche oder milden Stiftung z. E. Hospital, Waysenhaus ein Vermächtniß hinterlassen ist, und der Erbe es nicht gutwillig auszahlt, sondern den Legatar zu klagen nöthigt, so muß er das Legat doppelt bezahlen.

§. 1122. Sechste Eintheilung der Klagen, hergenommen vom Gegenstand in Absicht auf dessen Quantität.

Wenn man bey den Klagen auf die Quantität des Gegenstandes sieht: so gehen sie entweder auf das einfache, oder doppelte, oder dreyfache, oder vierfache.

§. 1123. Klagen die auf das Einfache gehen.

Auf das Einfache sind gerichtet 1) alle actiones rei persecutoriae; 2) einige actiones poenales und mixtae, wenn sie erst nach Verlauf eines Jahres angestellt werden. Dahin gehört *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) und *vi bonorum raptorum.* (§. 1042.)

§. 1123. Klagen auf das doppelte.

Auf das doppelte gehen einige Klagen sogleich, andere erst alsdenn, wenn der Beklagte die Schuld leugnet oder abzutragen verzögert. Von der ersten Art sind *actio furti nec manifesti* (§. 1031.) und *servi corrupti.* (§. 1116.) Erst durch das Leugnen wachsen auf das doppelte die *actio ex lege Aquilia* (§. 1058.) und *ex deposito miserabili.* (§. 785.) Die blose Verzögerung verpflichtet zur doppelten Zahlung bey den Vermächtnissen, die einer Kirche oder milden Stiftung hinterlassen sind.

§. 1125. Auf das dreyfache.

Auf das dreyfache geht eine Klage in folgendem Falle: die Klagschriften wurden in den neuern Zeiten Roms, so wie bey uns, durch Gerichtsdiener insinuirt, welche *viatores* hiessen. Der Beklagte mußte ihnen für die Insinuation ihre Gebühren bezahlen, die sich nach dem Object des Processes richteten, nemlich ein halbes Procent davon ausmachen. Z. E. ich klagte auf 100 aureos, hier zahlte der Beklagte einen halben aureum Insinuationsgebühr. Wenn nun der Kläger eine größere Summe in die Klagschrift gesetzt hatte, als ihm zukam, und der Beklagte daher auch dem Gerichtsdiener zu viel bezahlt hatte, so konnte er das zuviel bezahlte dreyfach vom Kläger zurück fordern.

§. 1126. Auf das vierfache.

Endlich giebt es auch Klagen auf das vierfache. Dergleichen sind gleich anfangs die *actio furti manifesti*, (§. 1003.) *actio de calumniatoribus*, (§. 1116. *actio vi bonorum raptorum*, (§. 1042.) und die Klage gegen die Gerichtsboten, die zuviel Sporteln genommen hatten. Sie mußten das zur Ungebühr abgenommene vierfach zurück zahlen. Die *actio quod metus* wird anfangs nur auf das simplum gerichtet, wenn aber der Beklagte die Sentenz des Richters, worin ihm die Restitution der dem Kläger abgezwungenen Sache auferlegt wird, nicht gutwillig befolgt: so wird er auf das vierfache condemnirt.

§. 1127. Vom heutigen Gebrauch der Pönalklagen.

Es ist eine sehr bestrittene Frage: ob die Klagen auf das doppelte, drey- oder vierfache auch in Deutschland statt finden? Einige Juristen (*1) behaupten es, weil das römische Recht in complexu recipirt, kein contrares deutsches Gesetz vorhanden, und diese Strafen unserer Verfassung nicht entgegen seyen. Allein andere (*2) behaupten aus besseren Gründen das Gegentheil. Denn in Deutschland hat man von jeher die Geldstrafen als Vortheile der Gerichtsbarkeit angesehen, und in den Fällen Fiskalstrafen gesetzt, wo die Römer Privatstrafen hatten. Nun kann man aber einen wegen eines Vergehens doch unmöglich mit doppelter Strafe belegen. Kein ausdrückliches Gesetz gegen die Pönalklagen ist freylich vorhanden, aber der Nichtgebrauch, (desuetudo legis,) hat dieselbe Wirkung, wie eine ausdrückliche Verordnung.

(1) *Brunnemann* ad L. ult. D. de calumniator. *Schilter* ex. 19. th. 74. *Berger* Comment. de usu action. tum rei persecutor. tum imprimis poenalium, Lipſ. 1706. *I. H. Boehmer* diss. de except. met. iniust. cap. 2. §. 14. Ex. ad Pand. Vol. 5. p. 796. sqq. *Wernher* Part. 3. Obs. 24. *Leyser* sp. 56. m. 1.

(2) *Struv.* ex. 7. th. 60. *Thomasius* l. c. *Cocceji* iur. contr. tit. de calumn. Qu. 1. et tit. de oblig. et act. Qu. 10. *Boehmer* de act. Sect. 1. Cap. 3. §. 11. *Pufendorf* proc. crim. Cap. 1. *Io. Gottl. Gonne* diss. de poenis lucro actoris cedentibus, Erlang. 1747. Schmidt Lehrbuch von Klagen, §. 44.

§. 1128. Siebende Eintheilung in Rücksicht auf die Macht des Judex.

Die Klagen sind, wenn man auf die dem Judex dabey zustehende Gewalt sieht, entweder *stricti iuris* oder *bonae fidei*. Zum Verstand dieser Distinction bemerke man 1) sie ist keine allgemeine Eintheilung aller Klagen; nur die, welche aus Contracten und Quasicontracten entstehen, werden auf diese Weise distinguirt. (*1) 2) Stricti iuris actio heist eine Klage, bey welcher

welcher der iudex pedaneus blos auf die Worte des Contractes sieht, dem Kläger nichts zuerkennt, als was ihm ausdrücklich versprochen worden ist; *bonae fidei*, bey der mehr auf die Billigkeit, als auf das strenge Recht gesehen wird, und wo der Richter auch das adjudicirt, was nicht mit deutlichen Worten versprochen, sondern aus dem Grunde übergangen worden ist, weil es in dieser Art Geschäfte so gewöhnlich ist, daß ein Contrahent es auszubedingen für unnöthig hält.

In der Anmerkung wird dies aus den römischen Alterthümern noch näher erklärt. Die obrigkeitliche Person, welcher die Jurisdiction, das heist die Gerichtsbarkeit in Civilsachen zustand, war der Prätor. Dieser aber war nicht im Stande, alle vor ihn gebrachte Processe selbst zu entscheiden. Er hatte daher viele Beysitzer, welche Iudices hiessen. Diesen gab er die Untersuchung einzelner Sachen auf. Alle Sachen wurden zuerst vor dem Prätor angebracht, und ganz summarisch mündlich verhandelt. Nun entschied sie der Prätor entweder selbst, wenn sie ganz klar waren, (extra ordinem iudicabat,) oder bestellte einen oder einige seiner Besitzer zur Untersuchung und Entscheidung, (iudicem dabat.) Diesen Besitzern gab er eine Instruction, wornach sie die Sache entscheiden sollten. In den negotiis stricti iuris hieß diese Instruction also: si paret: (das heist adparet) Titium centum ex stipulatu debere, tu illum in centum condemna. Hingegen bey den negotiis bonae fidei lautete sie folgendergestalt: si paret, Titium Mevio ex locato debere, tum quantum Titium Mevio ob eam rem dare oportet ex fide bona, tanti damnetur. Hier konnte also der iudex Verzugszinsen, Früchte und alles, was die Billigkeit erforderte, adjudiciren, das aber bey den actionibus stricti iuris nicht angieng.

(1) *Franzk.* ex. 13. Qu. 8. *Boehmer* de act. Sect. 1. cap. 3. §. 13. *Gundling* de usu pract. act. bonae fidei et stricti iur. Cap. 1. §. 38.

§. 1129. Welche Klagen waren bonae fidei actiones?

Bis daher ist alles deutlich und ausgemacht, aber wenn nun 3) die Fragen entstehen, a) welche Klagen actiones bonae fidei waren, und welche nicht; b) was das Fundament dieser Eintheilung sey: so ist die Antwort schwer zu geben. Die meiste Juristen antworten auf die erste dieser Fragen: die Klagen, welche im §. 28. I. h. t. specificirt sind, seyen bonae fidei, alle andere aber stricti iuris. Es heist nemlich an diesem Ort: actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, de-

positi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Allein diese Meynung setzt voraus, daß die Verfertiger der Institutionen ein vollständiges Verzeichniß der bonae fidei Actionen haben geben wollen, und diese Voraussetzung ist falsch; denn die actio funeraria, sequestraria und emphyteuticaria waren gewiß bonae fidei, wie ich hernach zeigen will, und doch stehen sie nicht in diesem Verzeichniß.

Bey der zweyten Frage, warum sind denn einige Klagen bonae fidei andere stricti iuris, wo liegt der Grund der Distinction, gestehen einige Juristen ihre Unwissenheit, und meynen, es lasse sich gar kein Grund davon angeben. (*1) Andere (*2) glauben, die Klagen, welche aus negotiis unilateralibus entstehen, seyen stricti iuris, die aus bilateralibus aber bonae fidei. Allein wenn man nun weiter fragt, warum war jede Klage aus einem Bilateralcontract bonae fidei, und warum die aus den Unilateralcontracten entspringende stricti iuris, so können sie keine zureichende Ursache angeben, wie Bachov, (*3) der diese Meynung vertheidigt, selbst gesteht. Dazu kommt, daß die actio praescriptis verbis aus der Permutation und dem Trödelcontract unstreitig bonae fidei ist, da doch diese und alle unbenannte Contracte unilaterales sind. (§. 750.) Cocceji (*4) sagt, bonae fidei actiones, seyen alle, wo ich auf eine Sache klagte, die schon mein gewesen sey; stricti iuris, wenn ich eine Sache forderte, die zuvor noch nicht mein gewesen sey. Aber die actio emti und die actio praescriptis verbis ex permutatione sind ja unleugbar bonae fidei, und doch verlange ich in diesen Klagen etwas, das schon mein war. Boehmer (*5) sucht daher mit besserem Recht das Fundament dieser Distinction im Formularrecht. Keine andere Klagen waren stricti iuris, als die aus einem Formularcontract entstanden; alle andere waren bonae fidei. Denn in Formulargeschäften hieng die ganze Verbindlichkeit blos von der Formel ab; also mußte man auch bey dieser allein stehen bleiben, und konnte nicht darüber weggehen.

Gewiß ist folgendes: bonae fidei actiones sind 1) die Klagen, welche aus Consensualcontracten entstehen, emti venditi, locati conducti, pro socio, mandati. Auch die emphyteuticaria gehört ohne Zweifel hierher, ob sie gleich Justinian nicht nennt, denn die emphyteusis ist ein Mittelding zwischen Kauf- und Miethcontract, beyde aber sind bonae fidei contractus. 2) Die Klagen aus drey Realcontracten, actio commodati, depositi, pignoratitia,

ratitia. Nicht weniger die sequestraria, wiewohl sie ebenfalls im §. 28. h. t. nicht genennt ist, denn das sequestrum ist eine Gattung des depositi. 3) Die actio praescriptis verbis, welche aus dem Tausch und Trödelcontract entsteht. 4) Die Klagen aus den Quasicontracten, actio negotiorum gestorum, funeraria, tutelae, familiae herciscundae, communi dividundo. Ferner die funeraria vermöge der L. 14. §. 6. et 13. D. de religios. welche übrigens im §. 28. des Textes wieder nicht angeführt ist. 5) Die hereditatis petitio. Wie es zugeht, daß diese Klage, die doch weder aus einem Contract, noch Quasicontract entsteht, bonae fidei actio ist, untersucht Gundling (*6) weitläuftig, aber er sagt doch nichts befriedigendes.

(1) Z. E. *Charondas* lib. 3. verisimil. cap. 3. in thesaur. *Otton.* Tom 1. p. 774.
(2) Z. E. *Hotomann.* et *Otto* ad §. 28. I. h. t.
(3) *Bachov.* de act. Disp. 6. th. 11.
(4) *Cocceji* iur. contr. tit. de O. et A. Qu. 13.
(5) *Boehmer* de act. Sect. 1. Cap. 3. §. 19. sqq.
(6) *Gundling* diss. de usu pract. act. b. f. et str. iur. §. 41.

§. 1130. Von den stricti iuris Klagen.

Ferner ist gewiß, daß die actio ex stipulatu und condictio ex chirographo actiones stricti iuris waren. Aber wohin nun die andern Klagen, z. E. die actio mutui, condictio indebiti, actio de constituta pecunia, finium regundorum und die Klagen aus den übrigen unbenannten Contracten, ausser dem Tausch- und Trödelcontract, gehörten, ist zweifelhaft. Boehmer am a. O. rechnet sie unter die bonae fidei actiones. Hingegen nach der gemeinen Meynung sind sie stricti iuris, und diese Meynung hat auch Gundling am a. O. vertheidigt. Da die Frage blos theoretisch ist, wie wir im §. 1135. sehen werden, und keine der verschiedenen Meynungen zu einiger Evidenz gebracht werden kann: so will ich mich dabey nicht aufhalten.

§. 1131. Von der actione ex stipulatu de dote.

Nach dem alten römischen Recht hatte eine Frau zwey Klagen, um ihr Eingebrachtes zurück zu fordern, *actionem rei uxoriae*, und *actionem ex stipulatu*. Die letzte stellte sie an, wenn sie sich die Zurückgabe des Brautschatzes durch eine Stipulation hatte versprechen lassen; die erste, wenn dieß nicht geschehen war. Allein die actio rei uxoriae hatte mancherley Unbequemlichkeiten, (*1) und die actio ex stipulatu ebenfalls, weil sie stricti iuris war. Justinian schmolz daher beyde beyde Klagen zusammen, das heist, er verord-

nete

nete, daß eine Frau ohne Unterschied die actionem ex stipulatu sollte anstellen können, sie möchte sich nun die Zurückgabe durch Stipulation ausbedungen haben oder nicht; und daß diese Klage eine actio bonae fidei seyn sollte.

(1) *Vinnius* ad §. 29. I. h. t. n. 2.

§. 1132. Practische Wirkung der Distinction zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris.

Die actiones bonae fidei und stricti iuris waren bey den Römern sehr verschieden. Denn 1) in negotiis b. f. hatte die Compensation ipso iure statt, in den negotiis stricti iuris aber nicht eher, als bis man exceptionem compensationis im Gericht opponirte. Allein dieß hat Justinian schon aufgehoben, indem er verordnet hat, daß in allen Fällen die Compensation ipso iure eintreten sollte. (§. 980.) 2) Negotia bonae fidei waren null, wenn sie durch einen Betrug veranlaßt wurden, in den negotiis stricti iuris mußte man restitutionem in integrum suchen. (1008.) 2) Zeigt sich ein wichtiger Unterschied in Ansehung der Früchte. Wenn ich nemlich eine Personalklage gegen einen anstelle: so verlange ich entweder eine Sache, die schon mein ist, z. E. ich stelle actionem commodati, depositi, pignoratitiam directam an; oder eine, die noch nicht mein war. Im ersten Fall fordre ich alle Früchte, die der Beklagte genossen, oder auch aus Nachlässigkeit nicht genossen hat, die Klage mag b. f. oder stricti iuris, der Beklagte mag in mora gewesen seyn, oder nicht. Im letzten Fall aber ist die Klage entweder bonae fidei oder stricti iuris. In den bonae fidei Klagen müssen die Früchte von Zeit der morae an, in den stricti iuris iudiciis aber von der Litiscontestation an restituirt werden. Hert (*1) hat diese Sätze angeführt und erwiesen. 4) In den iudiciis bonae fidei können Zinsen gefordert werden, wenn sie der Beklagte durch ein pactum versprochen hat, oder in mora ist; in den iudiciis stricti iuris aber hat keine Zinsenforderung statt, ausser wenn ich mir sie durch eine Stipulation ausbedungen habe. 5) Wenn man einem contractui bonae fidei Verträge anhängt: so kann man daraus dieselbe Klage anstellen, die aus dem Contract selbst entsteht. Dieß geht aber bey einem contractu stricti iuris nicht an.

(1) *Hert.* diss. de fructuum persecutione in act. personal. in opusc. Vol. 1. Part 3. pag. 127. sqq.

§. 1133.

§. 1133. Was sind actiones arbitrariae?

Von den stricti iuris und bonae fidei actionibus sind die arbitrariae unterschieden. Das Wort actio arbitraria aber hat zweyerley Bedeutungen. Zuweilen versteht man darunter eine Klage, wo der Richter den Beklagten, wenn er der Sentenz nicht gutwillig Folge leistet, härter verurtheilen kann, das heist er kann ihn auf das vierfache condemniren, oder kann den Kläger zum iuramento in litem lassen, ihm erlauben seine Sachen eydlich zu taxiren. Zuweilen aber heist actio arbitraria diejenige, wo es ganz allein vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er eine Parthey condemniren will.

§. 1134. Verzeichniß der arbiträren Klagen.

Arbiträre Klagen in der ersten Bedeutung sind 1) alle Realklagen, die Erbschaftsklage ausgenommen, 2) actio de dolo, 3) actio ad exhibendum, actio finium regundorum, 5) actio Paulliana, 6) actio Faviana und Calvisiana. Der Patron erbte in gewissen Fällen den Freygelassenen. (§. 647. u. f. f.) Wenn nun der Freygelassene etwas von seinem Vermögen zum Schaden des Patrons veräusserte: so konnte dieser, im Fall er aus einem Testament erbte, actionem Favianam, im Fall der Intestaterbfolge actionem Calvisianam anstellen, und die veräusserte Sachen zurück fordern. 7) Actio rerum amotarum. Bey allen diesen Klagen wird der Kläger zum Schätzungseyd gelassen, wenn der Beklagte das obiectum litis nicht herausgeben will, oder dolose sich die Herausgabe unmöglich gemacht hat. 8) Actio quod metus. Wenn der Beklagte die Sache nicht auf Befehl des Richters restituirt, so wird er aufs vierfache condemnirt. Von actionibus arbitrariis in der letzten Bedeutung giebt es nur eine einzige, die *condictionem de eo quod certo loco.* (§. 968.)

§. 1135. Vom heutigen Nutzen der Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Actionen.

1) Ob die Distinction zwischen b. f. und stricti iuris Klagen in Deutschland Nutzen habe, ist streitig. Viele Juristen (*1) meynen, daß sie allerdings noch gelte, und practischen Nutzen habe. Hingegen andere (*2) behaupten mit besseren Gründen, daß die Distinction bey uns wegfalle, und alle Klagen actiones b f. seyen. Fragt man aber nach der Ursache, so sagen einige, sie sey durch das canonische Recht abgeschaft. Allein dieß kann nicht erwiesen werden. Andere berufen sich auf den Reichsabschied vom Jahr 1600. §. soviel nur; worin verordnet ist, daß man in dem Darlehn blos um des

Verzugswillen Zinsen fordern könne, wenn gleich keine versprochen sind. Aber man sieht leicht, daß daraus die Abschaffung jener Distinction noch lange nicht folge. Noch andere sagen, wir hätten keine Prätoren und iudices pedaneos, folglich auch jene Distinction der Klagen nicht. Allein zu Justinians Zeiten cessirten die iudices pedanei schon, und doch blieb der Unterschied zwischen b. f. und stricti iuris Klagen stehen. Böhmer am a. O. behauptet mit Recht, daß die Distinction deswegen wegfalle, weil sie aus dem Formularrecht entstanden ist, das wir in Deutschland nicht haben. 2) Die Gewalt des Richters geht bey uns nicht so weit, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das vierfache condemniren könnte. Aber das geht an, daß er den Kläger zum Schätzungseyde läßt, wenn der Beklagte sich dolo oder culpa in die Umstände gesetzt hat, daß er die schuldige Sache nicht herausgeben kann, wie in dem Titel der Pandecten de in litem iurando gezeigt wird. 3) Heutiges Tags giebt es keine actionem arbitrariam in der letzten Bedeutung; denn der Grund, warum bey der condictione de eo quod certo loco die Condemnation ganz vom Ermessen des Richters abhieng, liegt auch in dem Formularrecht, (§. 968.) das wir nicht haben.

(1) Z. E. *Hert.* cit. diss. de fructuum persecut. in act. person. §. 15. *Hunnius* resolut. Lib. 4. part. 2. Qu. 23. 24. pag. 952. sqq. *Harpprecht* ad §. 28. I. de act. n. 54. *Hopp.* ad Instit. ibid. *Cocceji* iur. contr. tit. de oblig. et act. Qu. 13.

(2) *Gudelinus* de iure noviss. Lib. 3. Cap. 13. *Thomasius* in not. ad §. 28. h. t. *Boehmer* de act. Sect. 1. Cap. 3. §. 19. *Gundling* Diss. de usu pract. Dist. act b. f. et stricti iur. Cap. 2. *Stryk* Us. mod. tit. de oblig. et act. §. 8.

§. 1136. Achte Eintheilung der Klagen, von den Wirkungen hergenommen.

Durch die meiste Klagen erhält man alles, was man zu fordern hat, durch einige nicht; das heist deutlich, in den meisten Fällen geschieht die Execution auf das ganze Vermögen des Beklagten, in einigen aber wird sie nur auf einen Theil erkannt. Reicht dieser zur völligen Befriedigung des Klägers hin: so bekommt er alles, was er zu fordern hat, ausserdem aber nicht. Die Fälle sind 1) wenn ich den Vater actione de peculio belange. 2) Wenn der Schuldner das beneficium competentiae hat. Nemlich wenn ich gegen den Vater actionem de peculio anstelle, und gewinne, so werde ich aus dem peculio befriedigt, also nicht weiter, als dieses reicht. (§. 1153.)

§. 1137.

§. 1137. Vom beneficio competentiae.

Die Rechtswohlthat der Competenz aber besteht darin, daß gewisse Personen nicht bis auf den letzten Heller exsequirt werden können, sondern daß ihnen die Glaubiger die Competenz, d. i. nothdürftige Nahrung und Kleider lassen müssen. Diese Wohlthat ist ganz persönlich. Nur denjenigen kommt sie zu, denen sie von den Gesetzen ertheilt ist, nicht ihren Erben und Bürgen.

§. 1138. Verzeichniß der Personen, welchen sie zusteht.

Einige haben die Rechtswohlthat der Competenz wegen der nahen **Verbindung**, worin sie mit dem Glaubiger stehen. Dergleichen sind 1) die **Eltern**, das heist alle Ascendenten, der Vater, die Mutter, die Großeltern, wenn sie ihren Kindern, Enkeln ꝛc. schuldig sind. Ob umgekehrt auch die Kinder diese Wohlthat haben, wenn sie von den Eltern belangt werden, ist zweifelhaft. 2) Die **Patronen**, wenn die Freygelassene an sie zu fordern haben. 3) Die **Geschwister** unter einander. Man hat zwar kein ausdrückliches Gesetz darüber. Da aber in der L. 63. pr. D. pro soc. den sociis das beneficium aus dem Grund ertheilet ist, *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*: so kann man es auch den Geschwistern nicht absprechen. (*1) 4) Personen, die in Gesellschaft gestanden haben, wenn nemlich einer dem andern aus der Gesellschaft schuldig verbleibt. (*2) 5) **Ehegatten**. 6) Der **Schwiegervater**, wenn er auf die Bezahlung des Heyrathsgutes belangt wird.

(1) *Meier* coll. Argentor. tit. de re iud. th. 34. n. 1. *Horn* diss. de benefic. competente, §. 9. *Wernher* Part. 7. obs. 85. n. 80. sqq. Anderer Meynung ist *Lauterbach* diss. de beneficio competent. th. 32.

(2) Nach der L. 16. D. de re re iud. sollen zwar nur die socii omnium bonorum die Wohlthat der Competenz geniessen; aber nach der L. 63. D. pro soc. und dem §. 38. I. h. t. muß man sie allen sociis zusprechen, und so wird es auch in der Praxis gehalten. *Wernher* l. c. n. 88. sqq.

§. 1139. Fortsetzung.

Wegen ihres Standes kommt 7) den **Soldaten** (*1) die Wohlthat der Competenz zu. Die Juristen dehnen dieß auf Adeliche, Geistliche, Advocaten, und öffentliche Lehrer aus, aber mit Unrecht, denn Privilegia leiden keine Ausdehnung. (*2) Indessen ist durch Landesgesetze oder Gewohnheiten an manchen Orten den Adelichen das beneficium competentiae zugestanden. (*3)

(1) *Enenckel* de privileg. milit. lib. 2. privileg. 19.
(2) *Pufendorf* Tom. 3. Obſ. 51.
(3) Daß den Adelichen die Wohlthat der Competenz zuſtehe, behaupten *Wernher* l. c. n. 107. ſqq. *Cramer* obſ. Tom. 3. p. 461. aber das Gegentheil *Lauterbach* diſſ. cit. th. 34. *Leyſer* Sp. 664. med. 34. *Schmidt* diſſ. de benefic. compet. quatenus nobilibus competat, in *Leyſer* med. ad pand. Vol. 12. Part. 2. p. 530. ſqq. Strube rechtl. Bed. 2. Theil. 18. S.

§. 1140. Fortſetzung.

Aus Dankbarkeit muß man 8) dem Schenker die Competenz laſſen. Nemlich wenn mir Jemand ſo viel geſchenkt hat, daß er es nicht leiſten kann, ohne ſich ſelbſt den nöthigen Unterhalt zu rauben: ſo muß ich ihm ſo viel nachlaſſen, daß er dieſen behalte. (*1)

(1) *Sammet* in opuſc. p. 180.

§. 1141. Fortſetzung.

Ferner kommt 9) wegen erlittener Unglücksfälle den Kindern dieſe Wohlthat gegen ihre Glaubiger zu. Wenn ein Menſch, der noch in der väterlichen Gewalt ſteht, contrahirt, und aus dieſem Contract ſchuldig bleibt, nun aber ſui iuris wird, ſo kann er belangt werden. In dem Falle aber, wenn er von ſeinem Vater wenig oder nichts geerbt hat, und ſogleich belangt wird, ehe er ſich noch etwas acquiriren konnte: ſo muß man ihm die Competenz laſſen. Auch 10) wer bonis cedirt hat, und nachher wieder Vermögen erwirbt, hat die Wohlthat der Competenz. Nemlich wenn ein verarmter Schuldner ſein ganzes Vermögen zur Bezahlung der Glaubiger hingegeben, damit aber noch nicht alles abgetragen hat, und nachher wieder Vermögen bekommt: ſo muß er zwar die unbezahlt gebliebene Schulden noch tilgen; aber die Glaubiger können ihm doch nicht alles nehmen.

Endlich kommt aber auch 11) zuweilen einem die Competenz wegen des eintretenden Rechts eines dritten zu. (*1) Z. E. einem öffentlichen Bedienten können die Glaubiger ſeine ganze Beſoldung nicht nehmen, weil er ſonſt dem Staat nicht mehr dienen könnte.

(1) Dieſe Fälle beſchreibt vollſtändig *Hellfeld* diſſ. de beneficio compet. ex proprio aeque ac tertii iure, §. 15. ſqq. in opuſc. p. 572. ſqq.

TIT.

TIT. VII.

Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicatur.

§. 1142. Was ist eine actio qualitatis adiectitiae?

Eine Personalklage entsteht entweder aus einem obligatorischen Factum, oder unmittelbar aus der Billigkeit. Die erste Art von Klagen wird in diesem Titel noch einmal weiter eingetheilt. Nemlich sie entstehen entweder aus meinem eignen Factum, oder aus eines andern seinem, das aber aus einer gesetzlichen Ursache als mein eignes angesehen wird. Im letzten Fall heissen sie *actiones adiectitiae qualitatis.* Also jede Klage kann actio adiectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen mich aus einem fremden Factum angestellt wird. Z. E. die actio emti wird adiectitiae qualitatis, wenn ich sie gegen den Vater aus einem Kauf anstelle, welchen ich mit dem Sohn auf Befehl des Vaters geschlossen habe. In diesem Falle heist sie actio emti *quod iussu.* Sie ist adiectitiae qualitatis, wenn ich aus einem mit dem Factor geschlossenen Kauf gegen den Handlungspatron klage, und heist alsdenn actio *emti institoria.* Eben so giebt es auch eine actionem *emti exercitoriam*, *tributoriam*, *de peculio* und *de in rem verso*, die in den folgenden §§. werden erklärt werden; eine actionem *locati quod iussu*, *locati institoriam etc.*

§. 1143. Gattungen dieser Klagen.

Einige actiones adiectitiae qualitatis können nur aus dem Factum meines Sclaven oder filii familias, andere aber aus dem Factum eines jeden Menschen, er sey mein Sclave, oder Sohn, oder ein Fremder, gegen mich angestellt werden. Zu jener Classe gehören *actio quod iussu*, *de peculio* und *tributoria*; zu dieser *actio exercitoria*, *institoria* und *de in rem verso.* S. die 69. Tabelle.

§. 1144. Was ist iussus?

Iussus, Befehl überhaupt ist eine Willenserklärung an einen, der in meiner Gewalt ist. Sie kann geschehen *inter vivos*, und durch einen letzten Willen, mündlich und schriftlich, sie kann allgemein seyn, und auf eine einzelne Handlung gehen; vor der Handlung vorausgehen und darauf

folgen. Geht sie voraus, so heist sie *iussus* in eigentlichem Verstande; folgt sie darauf, so heist sie *ratihabitio*, Genehmigung.

§. 1145. Was ist actio quod iussu?

Wenn ich meinem Sohn oder Sclaven einen Befehl gegeben habe, zu contrahiren, und er hat den Contract dem Befehl gemäß geschlossen: so kann gegen mich die actio quod iussu angestellt werden, dahin, daß ich das präsiren muß, was mein Sohn oder Sclave versprochen hat, und zwar in solidum, das heist, ich werde auf das ganze exsequirt, nicht etwa blos soweit als das peculium reicht, wie bey der actione de peculio geschieht. (§. 1135.)

§. 1146. Was ist exercitor, magister navis, dominus tabernae und institor?

Exercitor, Schiffspatron, Schiffsreder, heist einer, der ein Schiff ausrüstet, es mit allem nothwendigen versieht, und den Vortheil davon zieht; das Schiff mag nun sein eigen oder gemiethet sein. *Magister navis*, Setzschiffer ist der, welchem der Reder das ganze Schiff anvertrauet, daß er auf der Reise für alles sorge, und dem Schiffsvolk die nöthigen Befehle ertheile. Unter ihm stehen der Schiffer, der Ober- und Untersteuermann, welche die Befehle wegen des Segelns ertheilen, und abwechselnd die Wache haben. Er war bey den Römern entweder ein freyer Mensch oder ein Sclave, entweder ein Sclave des Reders oder eines andern. *Dominus tabernae*, der Kaufherr, Ladenherr, Handlungspatron ist, für dessen Rechnung ein Handel geführt wird, und *Institor*, Factor, Provisor, der die Handlung eines andern besorgt, über die ganze Handlung gesetzt ist.

§. 1147. Von der actione exercitoria.

Wenn der magister navis einen Contract über ein ihm anvertrautes Geschäft schließt: so kann der Schiffsreder daraus actione exercitoria belangt werden. Diese Klage also stellt ein dritter an, der mit dem magistro navis contrahirt, oder sein Erbe gegen den Schiffspatron, oder dessen Erben; wenn mehrere Schiffsfreunde, Mitreder das Schiff ausgerüstet haben, gegen jeden in solidum, um dasjenige zu leisten, was der Setzschiffer versprochen hat. Habe ich z. E. mit dem magistro navis einen Kauf, einen Miethcontract geschlossen: so stelle ich actionem *emti*, actionem *locati exercitoriam* an. Der Autor merkt noch an, daß diese Klage nicht statt hat, wenn ich mit dem Schiffer contrahirt habe, denn dieser hat keine Ordre, Contracte im Namen des Reders zu schließen.

§. 1148. Von der institoria.

Die actio institoria setzt voraus, daß ich mit dem institore über Geschäfte, denen er vorgesetzt ist, contrahirt habe. Aus diesem Contract klage ich oder mein Erbe gegen den Kaufherrn oder dessen Erben, wenn mehrere Kaufherrn in Gesellschaft handeln, gegen jeden in solidum auf Erfüllung des Contractes. Wer mit einem andern Bevollmächtigten contrahirt, (der kein Factor ist,) kann gegen den Principal, wie wir oben schon (§. 932.) gehört haben, actionem quasi institoriam utilem anstellen.

§. 1149. Vom heutigen Gebrauch.

Die beyde Klagen, actio exercitoria und institoria haben auch noch heutiges Tages statt. Doch können an vielen Orten mehrere Schiffsfreunde, und Handelsleute, die in Gesellschaft handeln, nicht in solidum belangt werden, sondern sie haften nur pro rata.

§. 1150. 1151. Von der actione tributoria.

Merces peculiares heissen Waaren, die ein Sohn oder Sclave entweder durch Handel mit seinem peculio, oder durch andere Arbeiten erworben hate Wenn nun der Sohn oder Sclave mit Vorwissen des Vaters oder Herrn handelt, und bey diesem Handel bankerot wird: so ist der Vater oder Herr schuldig und befugt, die merces peculiares unter die Glaubiger pro rata zu vertheilen. Thut er dieß nicht, vertheilt er die Waaren gar nicht, oder nicht pro rata: so wird er actione tributoria belangt, daß er die Theilung vornehmen oder abändern soll.

§. 1151. Vom heutigen Gebrauch.

Bey den Römern blieben die Söhne gewöhnlich in der väterlichen Gewalt so lang sie lebten, und führten während dieser Zeit zuweilen einen Handel. Auch die römische Sclaven wurden häufig zum Handeln gebraucht, und ihnen zu dem Ende peculia gegeben. Heutiges Tags geht ein Sohn, sobald er etwas verdienen kann, gewöhnlich aus der väterlichen Gewalt, und die peculia der Sclaven sind auch nicht gewöhnlich. Daher kann schon aus diesem Grund die actio tributoria schwerlich vorkommen. Ausserdem aber schlägt der Richter, wenn ein Concurs entsteht, Hand ein, und überläßt die Austheilung der Masse keinem andern. Die actio tributoria ist also ganz ungewöhnlich.

§. 1153. Von der actione de peculio.

Was peculium sey und wie vielerley, haben wir im 9ten Titel des zweyten Buchs gehört. Wenn nun der Vater seinem Sohn, oder der Herr seinem Sclaven ein peculium profectitium gab, um damit zu handeln: so konnte er auch aus den Contracten, die Sohn oder Sclave schloß, belangt werden. Die Klage war adiectitiae qualitatis, hieß *actio de peculio* und gieng dahin, daß Vater oder Herr aus dem peculio bezahlen sollten. Also nur in so weit als das peculium reichte, (peculiotenus) bekamen die Gläubiger ihre Befriedigung, auch konnte der Vater zuvor abziehen, was er und seine übrige filii familias an den Schuldner zu fordern hatten.

§. 1154. Von deren heutigen Nutzen.

So wie die actio tributoria bey uns nicht leicht vorkommen wird: so auch diese actio de peculio. Wir geben den Sclaven nicht leicht peculia, und die Söhne verlassen die väterliche Gewalt gewöhnlich, sobald sie selbst handeln. Sollte indessen ein Vater für seinen Sohn einen Handel etabliren, und ihn bey sich im Hause und am Tisch behalten, dieser also in der väterlichen Gewalt bleiben: so würde die actio de peculio noch Platz greifen.

§. 1155. Von der actione de in rem verso directa.

Die letzte actio adiectitiae qualitatis ist *de in rem verso*. Wenn ich mit dem Sclaven oder Sohn contrahirt habe, ohne daß Herr oder Vater Befehl dazu gegeben; ohne daß der Sohn oder Sclave magister navis oder institor war; ohne daß merces peculiares oder peculium vorhanden sind: so kann ich doch den Herrn oder Vater noch belangen, wofern ich nur beweisen kann, daß dieselben Nutzen aus dem Contract gezogen haben. Z. E. wenn mir der Sohn Getraide abgekauft hat, und ich zeigen kann, daß es in des Vaters Haushaltung verwendet worden ist. Denn es wäre höchst unbillig, wenn Herr oder Vater sich mit meinem Schaden bereichern wollten. Diese Klage heist *actio de in rem verso* und zwar *directa*.

§. 1156. 1157. Von der utili.

Man wendet diese Klage auch auf andere Fälle an, wenn ich mit dem A. contrahire, der B. aus diesem Contract Vortheil gezogen hat, und A. mit dem B. in einer gewissen Verbindung steht, si per conventionem aliquo modo

do coniunguntur, wie Hert (*1) sagt. Dahin gehört 1) wenn ich mit einem negotiorum gestore contrahire, und der Contract für den dominum negotiorum nützlich gewesen ist. Jetzt kann ich gegen diesen die *actionem de in rem verso utilem* anstellen. Dieser Fall ist in dem angeführten Gesetz des Codex enthalten. Man stelle sich z. E. vor, daß ein Freund in meiner Abwesenheit an meinem Hause eine höchstdringende Reparatur vornehmen läßt, und deswegen mit Zimmerleuten und Maurern Accorde schließt. Aus diesen Accorden kann ich actione de in rem verso utili belangt werden. Man verwirre also diese Klage nicht mit der actione negotiorum gestorum contraria. Diese stellt der negotiorum gestor selbst gegen den dominum an; die actionem de in rem verso aber die, welche mit dem negotiorum gestore contrahirt haben. 2) Wenn ein socius contrahirt, ohne Ordre von den übrigen zu haben, oder der Ordre nicht gemäß contrahirt, indessen doch den Vortheil aus dem Contract der Gesellschaft zugewendet hat. (*2) 3) Wenn Ehegatten zusammen eine Verschreibung ausstellen, worin sie bekennen, eine gewisse Summe erhalten zu haben, so kann nur der Mann belangt werden, wofern der Glaubiger nicht beweisen kann, daß das Geld zum eigenen Besten der Ehefrau verwendet sey. (*3) Kann er dieß, so hat actio de in rem verso utilis gegen die Frau statt.

(1) *Io. Ierem. Hert.* diss. de rarioribus quibusdam iuris controversiis, (Giss. 1713.) p. 36. sqq.
(2) L. 82. D. pro soc.
(3) Auth. si qua mul. C. ad SC. Vell.

§. 1158. Wenn kann der Sohn selbst aus seinen Contracten belangt werden?

Aus dem bisher gesagten erhellet, daß Vater und Herr in sechs Fällen aus den Contracten des Sohns und Sclavens belangt werden können: 1) wenn sie den Contract befohlen oder genehmiget, oder 2) ein peculium gegeben haben. 3) Wenn Sohn oder Sclave mit Vorwissen des Vaters und Herrn gehandelt hat, und merces peculiares vorhanden sind; 4) wenn sie magistri navis auf einem Schiffe des Vaters oder Herrn, oder 5) institores in dessen Handlung gewesen sind, endlich 6) wenn Vater oder Herr Nutzen aus ihrem Contract gezogen hat. Ist keiner von diesen Fällen vorhanden: so hat keine Klage gegen Herrn oder Vater statt. Es fragt sich aber, kann man denn den Sohn nicht selbst belangen? Man distinguire: wenn der Sohn peculium militare, castrense aut quasi castrense oder adventitium irregulare hat: so

kann er selbst belangt werden. Hat er aber gar kein peculium, oder ein adventitium regulare, so kann er nicht eher belangt werden, als bis er von der väterlichen Gewalt frey ist. Ich sage, wenn er gar kein peculium oder ein adventitium *regulare* hat. Denn obgleich dieses sein eigen ist: so ist doch der Vater legitimus administrator desselben, und hat den Nießbrauch davon, der Sohn kann also ohne Consens des Vaters über dieses peculium nicht disponiren, und dem Vater seinen Nießbrauch nicht schmälern. (* r) Etwas besonders ist bey dem Darlehnscontract Rechtens, wenn ihn ein filius familias schließt.

(1) *Stryk* V. M. tit. de pecul. §. 6.

§. 1159. Vom Macedonianischen Rathschluß.

Nemlich ein römisches Gesetz, der Macedonianische Rathschluß verordnet, daß kein filius familias ein Geld darlehn nehmen, und daß der, welcher ihm dergleichen giebt, weder bey Lebzeiten noch nach dem Tode des Vaters befugt seyn soll, es wieder zu fordern; das *nomen*, wie das Gesetz sagt, das heist die Schuld, soll nicht *bonum* werden, nicht gültig, nicht exigibel, expectata patris morte. Die Veranlassung dieses Gesetzes war, daß viele filii familias in Rom durch solche Geldvorschüsse zu Liederlichkeiten Nahrung erhielten, sich in Schulden stürzten, die Väter bestahlen, und ihnen wohl gar nach dem Leben standen. Ob dieses Gesetz unter K. Claudius oder unter Vespasian gemacht, und ob es einem liederlichen filio familias, der Macedo hieß, oder einem Wucherer, der diesen Namen führte, zu Ehren Macedonianum genennt worden sey, ist zweifelhaft und unerheblich. (* r)

(1) Unpartheyische Critik über jurist. Schriften 3. B. 32. Seite.

§ 1160. Weitere Erklärung dieses Gesetzes.

1) Dieses Gesetz wurde also nicht sowohl zum Vortheil der Söhne, als vielmehr der Väter und aus Haß gegen die Wucherer gemacht. Der Sohn kann daher diesem Gesetz nicht gültig renunciiren, wohl aber der Vater. 2) Es giebt nur eine Exception, keine Action; das heist, wenn der Vater oder Sohn aus dem Darlehn belangt werden; so können sie exceptionem SCti Macedoniani opponiren. Wenn aber der Sohn ein Darlehn genommen, und er selbst oder der Vater das Geld wieder bezahlt haben, so können sie es nicht zurück fordern. 3) Das Gesetz geht blos auf Geldvorschüsse, nicht auf andere Arten von Darlehn, noch weniger auf andere Contracte z. E. Kauf-

Tausch-

Tausch- Miethcontract u. s. w wenn sie nur nicht in der Absicht, das SC. Macedonianum zu vereiteln geschlossen worden sind.

TIT. VIII.

De noxalibus actionibus.

§. 1161. 1162. Uebergang zu diesem Titel.

Die im vorigen Titel vorgetragene Klagen entstanden aus Contracten des Sohns oder Sclavens. Wie aber, wenn diese Personen ein Delict begehen, kann daraus Vater oder Herr belangt werden? Entweder ist das delictum publicum: oder privatum. Im ersten Fall kann der Vater und Herr nicht belangt werden, in sofern er ausser aller Schuld ist, sondern der Sohn und Sclave wird mit der gebührenden Strafe belegt. Ist das delictum aber privatum: so kann der Vater und Herr nach dem alten römischen Recht *noxaliter* belangt werden. Nach den neuen Gesetzen hat diese Klage nur gegen den Herrn, nicht mehr gegen den Vater statt, wie wir §. 1165. hören werden.

§. 1163. 1164. Was ist noxia und noxa?

Noxia nemlich heist ein Schade, der mir durch das delictum privatum oder quasi delictum eines Sclaven zugefügt wird; der Sclave selbst, der den Schaden gethan hat, heist *noxa*. Doch wird auch noxa zuweilen für den Schaden genommen. Actio noxalis endlich ist die Klage, die der Beschädigte gegen den Herrn des Sclavens auf Ersetzung des Schadens anstellt. Unser Autor sagt: qua vel damni aestimatio vel noxae deditio petitur. Dieß ist nicht ganz richtig. Wenn der Herr actione noxali belangt wird: so hat er die Wahl, ob er den Schaden ersetzen oder den Sclaven an Zahlungsstatt geben (noxae dare) will. Aber eigentlich kann doch der Beschädigte nicht verlangen, daß man ihm den Sclaven gebe. (*1) Noxae datio non est *in actione*, wie die Juristen sagen, sed *in solutione*. (*2)

(1) L. 6. §. 1. D. de re iud.
(2) Anderer Meynung ist *Hellfeld* iurispr. for. § 712. und *Io Aug. Reichardt* diss. de casu obligat. tollente §. 12. Aber das angeführte Gesetz entscheidet.

§. 1165. 1166. Was ist Rechtens bey den Vergehungen der filiorum familias?

Nach dem alten römischen Recht konnte man die Kinder eben so gut noxae geben, als die Sclaven. Sie kamen dadurch in die Sclaverey; wenn sie indessen frey gelassen wurden, so erlangten sie ihr ius ingenuitatis wieder. In den neuen Gesetzen aber ist die noxae datio der Kinder aufgehoben. Wenn die Kinder ein Privatdelict begehen: so haben sie entweder ein peculium profectitium, oder nicht. Im ersten Fall klagt man gegen sie selbst; und wenn sie condemnirt werden, stellt man actionem iudicati gegen den Vater an, daß er aus dem peculio bezahle. Haben sie kein peculium profectitium, aber ein castrense, oder quasi castrense, oder adventitium irregulare: so können sie ebenfalls selbst belangt werden, und müssen aus ihrem peculio bezahlen. Endlich wenn sie ein peculium adventitium regulare besitzen: so klagt man gegen sie, und bittet zugleich den Vater anzuhalten, daß er aus dem peculio adventitio den Schaden ersetze.

§. 1167. Vom heutigen Gebrauche.

Wenn ein Bedienter oder eine Magd durch ein Delict Schaden thun: so muß man sie selbst belangen, gegen den Herrn hat keine Klage statt, in sofern er bey dem Delict auf keine Weise concurrirt hat. Eben dieß ist bey den Leibeigenen Rechtens. Ist übrigens der Bediente, die Magd, der Leibeigene nicht im Stand den Schaden zu ersetzen: so werden sie desto härter mit Gefängniß oder Leibesstrafe gezüchtigt, (corpore et corio solvunt.) Bey wirklichen Negersclaven endlich hat das römische Recht nach meiner Ueberzeugung noch seine Anwendung.

TIT. IX.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

§. 1168. Was ist pauperies?

Der Schaden, welchen ein freyer Mensch thut, heist *damnum*; den ein Sclave zufügt, noxia, und endlich der, welcher von einem unvernünftigen Thiere herkommt, *pauperies*. Daher sagen die römische Juristen pauperies

peries est damnum *sine iniuria facientis* datum, weil ein Thier weder recht noch unrecht handeln kann.

§. 1169. Was ist actio de pauperie?

Diese Klage wird angestellt, wenn ein vierfüßiges Thier gegen die Natur dieser Thierart, ungereizt Schaden thut, und zwar vom Beschädigten und dessen Erben, gegen den, der zur Zeit der litiscontestation Eigenthümer des Thiers ist, dahin, daß er den Schaden ersetze. Will er dieß nicht, so ist er befugt das Thier zum Ersatz zu geben. Nur muß er nicht dolose geleugnet haben, daß das Thier sein gehöre; thut er dieß, so muß er den Schaden schlechterdings ersetzen, (tenetur in solidum.) Der Grund dieser Verordnungen ist derselbe, wie bey den Sclaven. Wer ein Thier besitzt, zieht allen Nutzen davon, er muß also auch die Beschwerlichkeiten übernehmen; folglich den Schaden ersetzen, den es thut. So aber, wie ein jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden als Nutzen bringt: so hat auch der Eigenthümer eines Thiers diese Befugniß.

§. 1170. Folgen aus dieser Erklärung.

Wenn also 1) der Beschädigte das Thier gereizt hat: so kann er nicht klagen. 2) Ist der Herr des Thiers oder ein dritter Schuld an dem Schaden: so können sie ex lege Aquilia belangt werden. Insonderheit in dem Fall, wenn Jemand ein reissendes Thier nahe an der Straße liegen hat, wo vorbey gewandelt wird, und das Thier Schaden thut: so kann er vermöge des Edicti aedilitii auf den doppelten Ersatz belangt werden. (*1) Nach den Gesetzen der zwölf Tafeln war es ein Capitalverbrechen, wenn ein mündiger Mensch bey Nacht Vieh auf einen fremden Acker trieb. (*2) Wer sein Vieh bey Tage auf einen agrum publicum trieb, wurde auf eine Geldstrafe L. 2. C. de pasc. publ. wer es auf ein Privatgrundstück gehen ließ, aus dem Aquilischen Gesetz belangt, L. ult. C. ad L. Aquil. 3) Wenn ein zweyfüßiges Thier, Hüner, Tauben u. d. gl. Schaden thun, so hat actio de pauperie utilis statt. 4) Die actio de pauperie directa setzt voraus, daß das Thier auf eine bey dieser Thierart nicht gewöhnliche Art Schaden gethan hat, z. E. das Pferd hat geschlagen, der Hund gebissen, der Ochs gestossen. Thut ein Thier auf eine solche Art Schaden, die bey dergleichen Thieren gewöhnlich ist: so geschieht dies entweder durch Abweiden, wegfressen, oder auf andere Weise; z. E. die Katze ängstigt den Vogel im Kesicht, daß er sich den Kopf einstößt;

einstößt; ein junger Hund zerreißt mir ein Buch. Im ersten Fall hat actio de pastu oder actio in factum statt; actio de pastu, wenn mein Thier auf ein fremdes Grundstück geht, und dort weidet; actio in factum, wenn das Thier auf seines Herrn Grund z. E. in seiner Scheune, seinem Hofe Sachen frißt, die mein gehören. Im zweyten Falle, wenn der Schaden nicht durch abweiden oder wegfressen geschehen ist: so muß man zusehen, ob das Thier wild war, oder nicht. Wenn ein wildes Thier Schaden thut: so ist der Herr nicht schuldig denselben zu ersetzen; voraus gesetzt, daß er ausser Schuld ist. Denn vor einem wilden Thier muß man sich hüten; wer das nicht thut, ist selbst Schuld an seinem Schaden. Ist das Thier aber zahm von Natur oder zahm gemacht, (§. 299.) so mag wohl actio de pauperie utilis statt gefunden haben. Man s. die 69. Tabelle.

(1) *Io. Leonh. Wintgens* diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis in *Oelrichs* thesaur. diss. Belgicar. Vol. 1. Tom. 2.
(2) *Plin.* hist. nat. lib. 18. cap. 3.

§. 1171. Heutiger Gebrauch dieser Klage.

An den meisten Orten sind die bisher erklärte Regeln des römischen Rechts angenommen; und wenn einige behaupten, daß die Erlaubniß, das schädliche Thier zum Ersatz des Schadens zu geben, heutiges Tages wegfalle: so ist es ein Irrthum. (*1) Im Sachsenspiegel aber ist die besondere Verordnung, daß der Eigenthümer eines Thieres, wenn es Schaden thut, es sey wild oder zahm, denselben schlechterdings ersetzen muß, und das Thier nicht an Zahlungsstatt geben kann, wofern er es nicht sogleich, sobald er Nachricht von dem Schaden erhält, austreibt und derelinquirt.

(1) *Stryk* Us. mod. h. t. §. 4. 5.

§. 1172. Von der Pfändung.

In Deutschland giebt es noch ein Mittel gegen den Schaden, den einem fremde Thiere zufügen, die **Pfändung**, *pignoratio*, *inclusio animalis*. Ob es bey den Römern erlaubt gewesen sey, ist zweifelhaft. Feltmann und Cocceji (*1) bejahen es, aber es läßt sich nicht erweisen. (*2) Wenn ich nemlich fremde Thiere auf meinem Grundstücke antreffe, die im Begriff sind, mir Schaden zu thun: so bin ich befugt, sie zu fangen, einzutreiben und zu behalten, so lange bis mir der Eigenthümer den Schaden ersetzt. An einigen Orten hat man einen öffentlichen Pfandstall, wo alle dergleichen Thiere hingetrieben

trieben werden, an andern Orten aber treibe ich sie in meinen eigenen Stall. Nun taxirt der Richter den Schaden, und condemnirt den Eigenthümer nicht nur diesen, sondern auch die Fütterungskosten zu ersetzen. Leistet er diesem Befehl nicht Folge: so wird das Thier verkauft, der Betrag des Schadens und der Kosten vom Kaufgelde abgezogen, und der Ueberrest dem Eigenthümer zugestellt.

(1) *Feltmann* de inclusione animalium Cap. 1. *Cocceji* iur. contr. tit. si quadrupes Qu. 2.

(2) *Leyser* Sp. 111. med. 1. *Car. Ferd. Hommel* diss. de pignoratione et custodia animalium, pauperiem facientium, cap. 2. p. 7. sqq.

§. 1173. Von der actione aedilitia.

Die Klage aus dem Edict des Aedilis gegen den, der ein reissendes Thier zu nahe an der Straße hält, auf den doppelten Schadensersatz fällt heutiges Tags weg. Wenn ein solcher Fall passirt: so klagt man nur auf das einfache; aber die Obrigkeit dictirt dem Eigenthümer des Thiers noch eine Geld- oder Gefängnißstrafe, nachdem seine Nachlässigkeit groß, und der Schaden beträchtlich ist.

TIT. X.

De his per quos agere possumus.

§. 1174. Was ist ein Procurator?

Procurator heist hier ein gerichtlich Bevollmächtigter, einer der in meinem Namen einen Proceß führt. Nach dem römischen Recht war er *dominus litis*, das heist, er wurde nicht als Bevollmächtigter, sondern als Principal angesehen; es war, als ob er den Proceß nicht in fremdem Namen, sondern in seinem eignen führe. Der Grund dieser Fiction lag darin, weil nach dem alten römischen Recht keine Procuratoren vor Gericht zugelassen wurden, und man sie in den neuern Zeiten doch zulassen wollte. Man schicanirte also die alte Gesetze durch eine Fiction. Die Folgen von dem domino litis waren, daß der Procurator nach Gefallen einen andern an seine Stelle setzen; daß er

auch

auch nach dem Tode des Principals den Proceß continuiren; daß die Vollmacht nicht leicht vom Principal revocirt, und vom Procurator aufgekündigt werden konnte; daß die Sentenz auf den Namen des Procurators gerichtet wurde; endlich daß er actione iudicati sowohl klagen als belangt werden konnte.

§. 1175. Wer bestellt einen Procurator?

Niemand als der dominus, das heist, als der, welchen der Proceß betrifft, kann einen Procurator bestellen. Er muß aber auch die freye Administration seiner Sachen haben, über sein Vermögen zu disponiren befugt seyn. Daher können Rasende, Blödsinnige, Kinder, Taubstumme, (die ihre Gedanken nicht erklären können,) keinen Procurator bestellen.

§. 1176. Procurator und Advocat sind unterschieden.

Wie sind **Advocat** und **Procurator** unterschieden? Bey den Römern hieß Advocat einer, qui pro alio postulabat, das heist der vor Gericht eine Rede für eine Proceß führende Parthey hielt. Heutiges Tags heist Advocat ein Rechtsgelehrter, der mündlich oder schriftlich litigirenden Partheyen in ihren Angelegenheiten beysteht. Der Unterschied eines Advocaten und Procurators ist also leicht zu bestimmen. Ein Procurator stellt den Principal vor, erscheint in dessen Namen vor Gericht, bekommt daher eine Vollmacht. Ein Advocat aber unterrichtet den Clienten durch mündlichen Rath; oder setzt ihm Schriften auf, die der Client vor Gericht zu übergeben hat; er repräsentirt aber den Clienten nicht, bekommt daher auch keine Vollmacht. Der Advocat muß ein Rechtsgelehrter seyn, zum Procurator ist dieß nicht erforderlich. Ein Ungelehrter kann ja als Bevollmächtigter eine Schrift übergeben, einen Eyd ablegen sehen, die Publication einer Sentenz anhören u. s. w. Uebrigens geht es gar wohl an, und es geschieht täglich, daß einer Advocat und Procurator zugleich ist.

§. 1177. Von der Caution de rato.

Wenn ich für einen im Gericht als Procurator erscheinen will, so muß ich von ihm eine ordentliche Vollmacht beybringen. Habe ich diese nicht: so bin ich schuldig *de rato* zu caviren, das heist Caution zu stellen, daß mein Principal alles, was ich in seinem Namen thue, genehmigen werde, und daß ich, wenn dieß nicht geschehen sollte, dem Gegentheil allen Schaden und Kosten ersetzen wolle. (§. 829.)

§. 1178.

§. 1178. Heutiger Gebrauch.

Man hat darüber gestritten, ob die Procuratoren auch in Deutschland domini litis seyen. Nun ist zwar richtig, einige Reichsgesetze reden noch vom dominio litis z. E. R. A. von 1507. in der Rubrik. Deput. Absch. von 1600. §. 99. Cammergerichts-Ordnung Part. 1. tit. 19. §. nach dem sich. Daher glaubt Berger (*1), daß es in Deutschland statt finde. Allein die Wirkungen desselben fallen gänzlich weg. Der Procurator kann nicht substituiren, wann es ihm nicht ausdrücklich erlaubt ist; die Vollmacht exspirirt mit dem Tode des Principals, wann sie nicht ausdrücklich auf die Erben gerichtet ist; der Procurator kann nach Belieben dem Mandat renunciiren, und der Principal es revociren, in der Sentenz wird der Name des Principals selbst genennt, und der Procurator kann actione iudicati weder klagen, noch belangt werden. Boehmer (*2) behauptet daher mit Recht, daß das dominium litis heutiges Tages ein leerer Name sey.

(1) *Berger* diss. de dominio litis, in diss. selectis n. 32.
(2) *Boehmer* diss. de dominio litis, Exerc ad Pand. Tom. 2. num. 32. und in iur. eccl. protest. Lib. 1. Tit. 38. §. 17. sqq.

TIT. XI.

De Satisdationibus.

§. 1179. Ursache der gerichtlichen Cautionen.

Der litigirenden Parthey ist daran gelegen, ne iudicia fiant elusoria; das heist der Kläger muß Sicherheit haben, daß er das durch den Proceß erstrittene Recht am Ende auch wirklich erhalte; und der Beklagte, daß wann er den Proceß gewinnt, und der Kläger in die Unkosten condemnirt wird, diese erhalte; auch Sicherheit, daß sich der Kläger auf die Wiederklage einlassen werde. (§. 1234.) Daher verlangen die Partheyen im Proceß Cautionen von einander.

§. 1180. Was ist Caution und wie vielerley?

Caution, Vorstandsleistung ist, wie wir oben (§. 231.) gehört haben, Sicherheit, die man Jemanden wegen einer zu erfüllenden Verbind-

lichkeit aus dem Grunde leistet, weil zu besorgen ist, daß man die Verbindlichkeit nicht erfüllen werde. Z. E. wann Jemand zum Vormund bestellt wird, und man nicht versichert ist, daß er gut haushalten werde: so muß er Bürgen stellen. Er ist verbunden, nemlich gut zu administriren; man ist nicht versichert, daß er es thun werde; also es ist Besorgniß vorhanden; er stellt daher Bürgen, und diese geben dem Pupillen Sicherheit. Die Caution kann durch Bürgen, durch Pfänder, durch Gefängniß, durch einen Eyd und durch bloses Versprechen geleistet werden. Durch einen Eyd; wann z. E. mein Schuldner abreisen will, und nicht im Stande ist, durch Bürgen oder Pfänder Caution zu leisten, ich ihn auch nicht arretiren lassen will: so kann ich eine eydliche Versicherung, daß er binnen einer gewissen Zeit zahlen wolle, verlangen. Durch Gefängniß; z. E. wann ich meinen flüchtigen Schuldner verfolge, und ihn an einem fremden Orte arretiren lassen will, wo man mich nicht kennt: so kann er in Ermangelung anderer Sicherheit fordern, daß ich bis zu ausgemachter Sache auch im Arrest bleibe. Durch bloses Versprechen; dieß wird z. E. bey gerichtlichen Cautionen angenommen, wann Jemand mit liegenden Gütern angesessen ist.

§. 1181. Wann wird Caution im Gericht geleistet?

Nach dem römischen Recht mußte der Beklagte Caution a) de iudicio sisti, und b) de lite ad exitum usque continuanda leisten; er muste caviren, daß er sich auf jedesmalige Citation stellen, und den Proceß bis ans Ende fortsetzen wolle. In Realklagen mußte er auch c) Caution iudicatum solvi stellen, daß er das Object des Processes heraus geben wolle, sobald er dazu würde condemnirt werden. Der Kläger aber cavirte, a) daß er innerhalb zwey Monaten, vom Tag der übergebenen Klageschrift an, litem contestiren, b) den Proceß nicht liegen lassen, und c) im Fall er verliehren würde, den zehenden Theil vom obiecto litis als Kostenersatz bezahlen wolle. Heutigestags leistet der Beklagte der Regel nach keine Caution (* 1). Der Kläger aber leistet zuweilen Caution de reconventione, de expensis und de lite prosequenda. Nemlich wann ich in einem Gericht klage, dem ich nicht unterworfen bin, unter dem aber mein Gegner steht; z. E. ich wohne im Amt A. und belange einen Bauer im Amte B. vor diesem Amte B. so kann er a) Caution *de expensis* fordern; das heist Sicherheit, daß ich, wofern ich verliehren und in die Kosten condemnirt werde, sie dem Beklagten ersetzen will. Dieß ist deßwegen nöthig, weil das Amt B. über mich keine Jurisdiction hat, mich also zur Erlegung der Kosten nicht zwingen kann. Er kann b) Caution *pro*

reconventione

reconventione verlangen, nemlich in dem Fall, daß er eine Wiederklage gegen mich hat, die nicht eher, als nach entschiedener Klagsache kann angestellt werden. Dann die Regel ist: wann ich vor einem Gericht geklagt habe, und mein Gegner eine Gegenklage hat: so muß ich mich vor demselben Gericht einlassen, an dem ich die Klage angebracht habe, ob ich gleich sonst darunter nicht stehe. (§. 1234.) Zuweilen aber kann die Gegenklage nicht eher anhängig gemacht werden, als bis die Klagsache geendigt ist. Z. E. wann ich einen actione furti belange: so kann er eine Gegenklage anstellen, actionem iniuriarum, aber nicht eher als bis der erste Proceß geendigt, und er absolvirt ist. Damit er nun versichert sey, daß ich mich vor dem Richter, wo die Klagsache gehängt hat, einlassen werde, kann er Caution fordern, und diese heist cautio pro reconventione. Die Caution de prosequenda lite muß der Kläger alsdann stellen, wann er den Beklagten zum erstenmal hat citiren lassen, in diesem Termin selbst ausgeblieben ist, und nun um eine neue Citation bittet.

(1) Die Ausnahme s. bey *Boehmer* in introd. in ius dig. lib. 2. tit. 8. §. 10.

TIT. XII.

De perpetuis & temporalibus actionibus & quae ad heredes & in heredes transeunt.

§. 1182. Grund der Extinctiv Präscription.

Wir haben oben (§ 393.) gehört, daß die Verjährung entweder eine adquisitive oder extinctive, und wie diese beyde Gattungen verschieden seyen. Von der adquisitiven handelt der sechste Titel des zweyten Buchs, von der extinctiven der gegenwärtige. Der Grund dieser letzten liegt darin: dem Staat ist daran gelegen, daß die Klagen binnen gewisser Zeit angestellt werden. Dann werden sie zu lange verschoben, so kommt die Sache in Vergessenheit, die Zeugen, wodurch sie könnte aufgeklärt werden, sterben ab; die Documente gehen verlohren. Daher hat das römische Recht jeder Klage einen gewissen Termin gesetzt. Binnen diesem muß sie angestellt werden. Verfließt

diese Zeit: so ist die Klage erloschen, und kann nicht mehr angestellt werden. Das römische Recht erfordert zu dieser Verjährung keine bonam fidem. Aber nach dem canonischen Recht, nemlich C. fin. X. de praescript. ist dieselbe erforderlich, und zwar nach der richtigern Meynung ohne allen Unterschied (*1).

Nur fragt es sich, ist ein jeder in mala fide, welcher weiß, daß er dem andern zu etwas verbunden ist, oder kommt ein Schuldner erst in malam fidem, wenn die Schuld gefordert wird? Man mache einen Unterschied; entweder a) ist die Rede von einer Verbindlichkeit, die ich von freyen Stücken erfüllen muß, weil es sich von selbst versteht, und ich vernünftiger Weise annehmen muß, daß der andere die Erfüllung verlange, oder b) von einer solchen, die ich nicht eher zu erfüllen schuldig bin, bis es ein anderer verlangt, indem ich nicht weiß, ob der andere sein Recht gegen mich verfolgen will oder nicht. Z. E. einer, welcher Geld geborgt hat, ist schuldig es wieder zu bezahlen, auch ohne daß der Glaubiger es fordert. Hingegen wer einen andern in einem Kaufe über die Hälfte lädirt hat, ist nicht verbunden ihn zu entschädigen, solang dieser es nicht ausdrücklich verlangt. Im ersten Fall macht die blosse Wissenschaft, daß ich schuldig bin, malam fidem, im letzten nicht (*2).

(1) *Leyser* sp. 755. med. 8. *Fusendorf* Tom. 1. Obs. 115. *Jo. Em. Hoepfner* Diss. de necessario b. f. requisito in praescriptione actionum personalium §. 15. sqq. *Westphal* Diss. de indole bonae fidei in praescriptionibus. § 17. sqq. *Oelze* diss. de litterar. obligat. cap. 1. §. 10. sqq. Struben rechtl. Bed. 4 Th. 127 Seite.

(2) *Engel* colleg. iur. can. lib. 2. tit. 26. n. 18. *Oelze* l. c. §. 18. sqq.

§. 1183. Die Klagen sind entweder perpetuirliche oder temporelle.

Die Klagen werden in actiones perpetuas und temporales eingetheilt. Nemlich actio perpetua heist diejenige, welche dreysig oder mehr Jahre dauert; temporalis, welche binnen weniger als dreysig Jahren angestellt werden muß. Die Ursache, warum die Klagen, die wenigstens dreysig Jahre dauern, perpetuae heisen, liegt darin, weil diese Klagen nach dem alten römischen Recht wirklich ewig, das heist in keinen Zeitraum eingeschränkt waren.

§. 1184. Von den Realklagen, und zwar zuerst von der Reivindication.

Fragt man nun wie lange dauert jede Art von Klage: so ist die erste Regel; die Realklagen dauern dreysig Jahre. Dahin gehört zuerst die Reivindication,

Reivindication. Diese muß also binnen dreyßig Jahren angestellt werden. Ausnahmen sind, wann eine Kirche oder der Fiscus ihre Sachen vindiciren wollen, dann diese können es binnen vierzig Jahren thun.

Noch eine wichtige Bemerkung stehet in der Note zu diesem §. Bey den Realklagen muß man zwey Dinge wohl unterscheiden, die aber von den meisten Juristen verwirret werden; nemlich eine Realklage geht durch die Extinctivpräscription zu Grunde, und: eine Realklage ist durch eine nothwendige Folge erloschen, weil ein anderer ihren Gegenstand durch die adquisitive Verjährung von z. 10. oder 20 Jahren an sich gebracht hat. Sobald einer den Gegenstand meiner Reivindication z. E. das Pferd usucapirt; so ist die Reivindication des Pferdes verlohren; aber nicht wegen der Extinctivpräscription, sondern in Gefolge der Usucapion. Der Besitzer ist durch dieselbe Eigenthümer geworden; folglich ist mein Eigenthum, und die daraus entspringende Klage verlohren. Man nehme aber an, daß Jemand mein Haus mala fide besitzt, und es folglich nicht usucapiren kann, daß ich gleichwohl binnen dreyßig Jahren keine Vindication dieses Hauses angestellt habe. Jetzt ist meine Klage durch die Extinctivpräscription zu Grunde gegangen. Also kurz die Reivindication dauert dreyßig Jahre, wofern nicht ein anderer das Object derselben durch Usucapion an sich bringt. Dann in diesem Falle geht sie binnen drey, zehen oder zwanzig Jahren zu Grunde (*1).

(1) *Oelze* l. c. §. 5.

§. 1185. Von der actione confessoria und negatoria.

Actio confessoria und negatoria dauern ebenfalls ihrer Natur nach dreyßig Jahre. Indessen kann es auch hier geschehen, daß sie durch eine Folgerung eher exspiriren. Nemlich die confessoria kann eher verlohren gehen, wann ich die Servitut durch den Nichtgebrauch verliehre, welches dann binnen zehen oder zwanzig Jahren geschehen kann; die negatoria geht verlohren, wann mein Gegner durch die Verjährung eine Servitut acquirirt hat, welches ebenfalls binnen zehen oder zwanzig Jahren möglich ist.

§. 1186. Von der hypothecaria.

Der actioni hypothecariae sind dreyßig Jahre vorgeschrieben in dem Falle, wann ein dritter die mir verschriebene Sache besitzt, und vierzig Jahre

wann sie im Besitz des Schuldners ist. Einige Juristen (* 1) schränken zwar den letzten Satz ein; sie behaupten, daß im Fall der Schuldner die Sache besitzt, und die Schuld selbst durch die dreyßigjährige Präscription erloschen ist, auch die hypothecarische Klage verlohren sey. Allein die Gesetze sagen nichts von dieser Limitation (* 2).

(1) *Titius* in iure privato Lib. 3. Cap. 16. §. 17.

(2) *Joh. Lud. Schmid* opuscula de praescriptione circa pignus, opusc. 4. §. 4. sqq. *Rave* de praescript. p. 337. §. 154. (edit. de an. 1780.)

§. 1187. Von der Erbklage.

Die simple Erbklage, sie mag nun aus einem Testament oder ab intestato oder aus einem Vertrage angestellt werden, deßgleichen die querela nullitatis, (§. 704.) und die actio suppletoria (* 1) dauern, so wie andere Realklagen, 30 Jahre. Der querelae inofficiosi aber sind, weil sie in den Gesetzen verhaßt ist, fünf Jahre vorgeschrieben.

(1) Struben 4 Thl. 253 Seite. *Voorda* interpret. & emendat. lib. 3. cap. 7. Also die suppletorische Klage ist nicht auf fünf Jahre eingeschränkt, wie *Voorda* elector. cap. 11. p. 124. sqq. behauptet hatte.

§. 1188. Von den actionibus in rem scriptis.

Actiones in rem scriptae sind Klagen, die ihrem Ursprunge nach personal sind, und dennoch wie Realklagen gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Sie stimmen auch darin mit den Realklagen überein, daß sie dreyßig Jahre dauern. Nur von der actione quod metus ist zu merken, daß sie nach Verlauf von vier Jahren nicht mehr auf das quadruplum, sondern nur auf das simplum angestellt werden kann.

§. 1189. Von den actionibus personalibus rei persecutoriis.

Zweyte Regel: die actiones personales rei persecutoriae, (§. 1119.) sie mögen nun in den Civilgesetzen oder im Edict des Prätors gegründet seyn, dauern dreyßig Jahre. Aber auch hier sind einige Ausnahmen: 1) die Personalklagen der Kirchen, Städte und des Fiscus dauern vierzig Jahre. 2) Die Klagen, welche aus Edicten der Magistratspersonen, des Prätors oder Aedilis entstehen, kurz die *actiones honorariae*, wann sie auf die Rescission eines Handels gerichtet sind, sind nur temporell. Die actio Paulliana (§. 1102.) dauert daher nur ein Jahr; die meiste Restitutionsklagen nur vier Jahre,

die

die actio redhibitoria (§. 734.) sechs Monate: die actio quanti minoris (§. cit.) ein Jahr.

§. 1180. Von den Pönalklagen aus Privatdelicten.

Dritte Regel: die aus Privatdelicten entstehende Pönalklagen sind entweder in den Civilgesetzen ertheilt, oder im prätorischen Edict. Im ersten Fall dauern sie dreyßig Jahre, im letzten ein Jahr. Ausnahmen sind: 1) die actio furti manifesti, ob sie gleich vom Prätor herrührt, dauert doch 30 Jahre. Der Grund ist, wie Justinian pr. I. h. t. angibt: quia Praetor absurdum putavit, eam anno terminari. Der Prätor hat, wie Theophilus bey diesem §. sagt, diese Klage nicht neu erfunden, sondern nur die in den Gesetzen der 12 Tafeln bestimmte Leibesstrafe in eine Geldstrafe verwandelt. Nun hielt er es für ungereimt, wann er zugleich die actionem perpetuam zur annali machen, und also den Dieben einen doppelten Dienst leisten wollte. 2) Die actio furti, wann sie gegen einen Schiffer, Wirth oder Stallvermiether angestellt wird. 3) Die actio arborum furtim caesarum, wann mir jemand meine Bäume durchgesägt, durchgehauen, geschält hat, und ich ihn auf den doppelten Ersatz des Schadens belange. 4) Actio depositi miserabilis. 5) Servi corrupti. 6) De deiectis & effusis. Alle diese dauern dreyßig Jahre, ausgenommen die letzte in dem Fall, wann ein freyer Mensch getödtet worden ist; dann hier dauert sie nur Ein Jahr. 7) Die actio de dolo währet zwey Jahre, und der Proceß soll nach dem römischen Recht auch schlechterdings binnen diesen zweyen Jahren geendigt werden. Wann ich indessen betrogen worden bin, und zwey Jahre habe verstreichen lassen, so kann ich doch die actionem in factum anstellen, die dreyßig Jahre dauert und nicht entehrend (famosa) ist.

§. 1181. Von den peinlichen Anklagen.

Vierte Regel: die peinliche Anklagen dauern gewöhnlich 20 Jahre. Von dieser Regel gehen ab, 1) die Anklagen solcher Verbrechen, die lex Iulia de adulteriis bestraft, das heist die Fleischesverbrechen. 2) Die Anklage des Peculats; (Peculat heist der Diebstahl öffentlicher Gelder), 3) und aus dem *SCto Silaniano*. Wann der Erbe weiß, daß sein Erblasser gewaltsam umgekommen ist, und es der Obrigkeit nicht anzeigt: so ist er vermöge des SCti Silaniani strafbar, und er kann innerhalb 5 Jahren angeklagt werden.

Fünfte Regel: durch die Litiscontestation werden alle Klagen perpetuiret;

ret; das heist, wann ich eine Temporalklage angestellt habe, und lis contestirt ist, so kann ich den Proceß 29 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des dreysigsten wieder fortsetzen. Eine actionem perpetuam kann ich nach geschehener Litiscontestation 39 Jahre liegen lassen, und vor Ablauf des vierzigsten wieder erwecken und fortsetzen. Jene dreysig und diese vierzig Jahre werden übrigens von der letzten Handlung an gerechnet, die im Proceß vorgenommen worden ist.

§. 1192. Welche Klagen gehen auf die Erben und gegen sie? Erster Satz.

Die Klagen, das heist das Recht zu klagen, gehören so wie alle Rechte eines Menschen zu seinem Vermögen. Daher können sie der Regel nach auch von den Erben und gegen die Erben angestellt werden. Die römische Juristen sagen: actiones *ad* heredes transeunt, der Erbe kann sie anstellen; *in* heredes transeunt, man kann sie gegen die Erben anstellen. Doch hat diese Regel einige Ausnahmen. Man s. die 71ste Tabelle, und bemerke folgende Sätze: 1) die actiones rei persecutoriae und poenales können von den Erben angestellt werden; ausser wann sie, wie die Römer sagen, blos *ad vindictam* gehen, (§. 1016.) oder dem Erben nichts daran gelegen ist, daß die Klage des Erblassers auf ihn transferirt werde Daher können die Injurienklagen, (§. 1066.) die *querela inofficiosi testamenti*, (§. 535.) *actio de calumniatoribus*, (§. 1116.) *de revocanda donatione ob ingratitudinem* (§. 415.) nicht von dem Erben angestellt werden. Dann alle diese Klagen gehen ad vindictam. (§. 1016.) Die actiones populares (§. 1119.) gehen nicht auf die Erben, weil der Erbe keinen Vortheil davon hätte. Diese Klagen kann jeder aus dem Volk anstellen, nun ist aber der Erbe auch einer ex populo, und kann daher in dieser Eigenschaft klagen, folglich wäre es ungereimt, wenn er als Erbe klagen wollte.

§. 1193. Zweyter Grundsatz.

Die actiones rei persecutoriae gehen gegen die Erben, sie mögen aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict entstehen. Ob die aus Delicten entspringende Klagen gegen den Erben *in solidum* gehen, das heist, ob er den Schaden ganz ersetzen muß, den sein Erblasser gethan hat, oder nur in soweit, als er (der Erbe) Vortheil aus dem Delict gezogen hat, ist zweifelhaft. Z. E. wenn der Erblasser mir 1000 fl. gestohlen hat, und davon nur 100 auf den Erben gekommen sind: so ist die Frage, kann ich von dem Erben die ganze 1000 fl. oder nur 100. fordern? Viele behaupten (* 1),

daß

daß der Erbe nur haften müsse, in so fern als er Vortheil aus dem Delict hat, und man kann allerdings wichtige Gründe für diese Meynung anführen; allein andere (* 2) vertheidigen mit eben so starken Gründen das Gegentheil. Nach dem canonischen Recht (* 3) und nach der Praxis (* 4) kann der Erbe ohne Zweifel in solidum belangt werden. Doch nur in so weit, als die Erbschaft hinreichend ist (* 5).

(1) *Hunn.* resolut. Lib. 4. Part. 6. Qu. 3. p. 1004. *Cuiac.* Lib. 7. Obs. 37. Lib. 13. Obs. 39. *Lyclam.* membran. Lib. 1. Cap. 39.

(2) Z. E. *Faber* coniectur. lib. 3. cap. 1. *Vinnius* ad §. 1. I. h. t. *Ayrer.* diss. de actionibus ex delicto rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum competentibus (Goett. 1752.) Sect. 2. §. 10. sqq.

(3) C. 28. X. de sent. ex com. C. 9. X. de usur. C. fin. X. de sepultur.

(4) *Reinharth* ad *Christ.* Vol. 3. Obs. 11. *Koch* ius crim. §. 80. Quistorp Beyträge 1. St. Seite 53.

(5) Man s. von dieser Materie noch *Jan. a Costa* praelect. ad tit. Cod. ex delict. defunctor. in *Meermann.* thesaur. tom. 1.

§. 1194. Dritter Grundsatz.

Die Pönalklagen, sie mögen nun aus einem Contract oder Verbrechen entstehen, können von den Erben angestellt werden, aber nicht gegen die Erben. (§. 1017.) Ist die Klage schon gegen den Erblasser angestellt gewesen, und er ist nach der Litiscontestation gestorben: so geht der Proceß gegen die Erben fort (* 1).

(1) *Pufendorf* Tom. 4. Obs. 94.

TIT. XIII.

De exceptionibus.

§. 1195. Uebergang.

Wann Jemand eine Klage gegen mich anstellt: so muß ich antworten, *litem* contestiren, wie man es heutiges Tages nennt (* 1), und nun sind drey Fälle möglich. Der erste: ich gestehe alles ein, und bitte nur um

Zahlungsfrist. Der zweite; ich leugne das Klagfundament, behaupte z. E. daß ich nie von dem Kläger das Darlehn empfangen hätte, das er von mir fordert. Dieß heist *litis conteſtatio negativa.* Der dritte: ich geſtehe das Fundament der Klage ein, mache aber eine Exception dagegen, und dieß iſt *litisconteſtatio affirmativa.*

(1) Bey den Römern war die litisconteſtatio etwas ganz anders. S. oben. §. 987.

§. 1196. Was iſt eine Exception?

Eine Exception, Schutzrede, Einrede, in weitläuftigem Verſtande iſt eine indirecte Antwort des Beklagten auf die Klagſchrift. Dieſe Antwort iſt entweder hergenommen von einem Factum, welches, wenn es richtig iſt, macht, daß der Kläger gar kein Recht zu klagen hat, oder aus einem Geſetz, welches ſoviel wirkt, daß der Kläger ſein Recht zu klagen nicht exerciren kann. Im erſten Fall heiſt ſie *exceptio facti*, im zweiten *exceptio iuris.* Z. E. wann mich Jemand aus einem Darlehn belangt, und ich ihm die exceptionem ſolutionis entgegen ſetze: ſo iſt die Zahlung ein Factum, das, wofern es erwieſen werden kann, dem Kläger alles Recht zu klagen benimmt, alſo die exceptio ſolutionis iſt facti. Hingegen wann Jemand aus einem Darlehn klagt, und ich ihm die exceptionem SCti Macedoniani entgegen ſetze: ſo gebe ich zu, daß er ein Recht zu klagen habe, behaupte aber, daß er es wegen des SCti Macedoniani gegen mich nicht ausüben könne. Bey den Römern gab man nur den exceptionibus iuris den Namen exceptio; die exceptiones facti rechnete man unter die *inficiationes.*

§. 1197. Die Exceptionen ſind entweder civiles oder praetoriae.

Exceptio civilis heiſt, welche aus den Civilgeſetzen, praetoria, die aus dem Edict des Prätors entſteht; z. E. exceptio SCti Macedoniani, Velleiani, non numeratae pecuniae, praeſcriptionis, rei venditae & traditae, deficientis ceſſionis ſind civiles. Hingegen exceptio doli mali, pacti, iurisiurandi, quod metus cauſa, minoris aetatis ſind praetoriae.

§. 1198. Die exceptiones ſind entweder peremtoriae oder dilatoriae.

Wann ich mich durch eine Exception auf immer von der Klage zu befreyen ſuche: ſo heiſt ſie *peremtoria* oder *perpetua*, eine zerſtörliche Schutzrede; wann aber der Zweck der Exception nur dahin geht, mich auf eine Zeit lang

lang gegen die Klage zu schützen: so heist sie eine verzögerliche, *exceptio dilatoria*, *temporaria*. Peremtorische Einreden sind alle im vorigen §. angeführte, dann wann ich z. E. *exceptionem solutionis* opponire, und sie erweise: so bin ich gegen die Klage für immer gesichert. Hingegen wann ich die *exceptionem libelli obscuri* der Klage entgegen setze: so bin ich nur so lange frey, bis der Kläger einen neuen deutlichern Libell übergibt. Die dilatorische Einreden sind entweder a) von der Person des Richters hergenommen; dergleichen ist *exceptio indicis suspecti*; oder b) von dem Mangel der Jurisdiction, z. E. *exceptio praescriptionis fori*, *s. fori privilegiati*, wann der Beklagte behauptet, daß er vermöge eines besondern Privilegiums nicht unter dem Richter stehe, vor welchem geklagt worden ist; *exceptio primae instantiae*, der Beklagte behauptet, er müsse nicht vor dem höheren Gericht, sondern zuvor bey dem Unterrichter belangt werden, u. s. w. Oder c) von der Person des Klägers; z. E. *exceptio deficientis personae standi in iudicio*; ich führe an, der Kläger sey eine Person, die nicht im Gericht auftreten dürfe, z. E. weil er noch unmündig sey. Oder d) von dem Mangel der Vollmacht. Diese heist *exceptio deficientis legitimationis ad acta*, der Anwald des Gegners habe noch keine Vollmacht beygebracht; oder e) vom modo procedendi, z. E. *exceptio feriarum*; da jetzt Gerichtsferien seyen, so müsse man mich in Ruhe lassen; *termini nimis angusti*, der Richter habe mir eine zu kurze Frist gegeben; *nondum praestitae cautionis pro reconventione & expensis*; (§. 1199.) oder f) aus der Sache selbst, (ex meritis causae.) Z. E. *ante diem petitionis*; ich sey das, was Kläger fordert, noch nicht schuldig.

§. 1199. Entweder perpetuae oder temporariae.

In einem andern Sinn sind *exceptiones perpetuae* diejenige, die durch keine Verjährung erlöschen, temporariae die, welche, so wie die Klagen, binnen gewisser Zeit opponirt werden müssen. Der Regel nach sind alle exceptiones perpetuae. Dann es hängt vom Kläger ab, wann er klagen will, ihm konnten also die Gesetze eine gewisse Zeit vorschreiben. Hingegen dependirt es nicht vom Beklagten, wie bald er belangt seyn will. Daher ist seinen Exceptionen kein Termin vorgeschrieben. Doch giebt es einige Ausnahmen. Dahin gehört a) *exceptio de non petendo temporalis*. Wann mir einer verspricht, mich binnen gewisser Zeit z. E. binnen 10 Jahren nicht zu belangen: so kann ich natürlicher Weise die exceptionem pacti de non petendo nur 10 Jahre lang, nicht länger opponiren. b) *Exceptio non numeratae pecuniae*, dann sie dauert nur zwey Jahre, und *exceptio non nu-*

meratae dotis. Auch dieser sind gewisse Termine gesetzt, wie wir §. 854. gehört haben.

§. 1200. Entweder personales oder reales.

Exceptio personalis heist die, welche auf eine gewisse Person eingeschränkt ist, *realis*, welche der Sache selbst zukommt, und daher von jedem opponirt werden kann.

§. 1201. Die persönliche sind wieder zweyerley.

Die persönliche Einreden sind entweder beschränkt auf die Person dessen, der sie opponirt; oder auf die Person desjenigen, dem sie opponirt werden. Exceptionen von der ersten Art sind exceptio beneficii competentiae, (§. 1137.) und pacti de non petendo personalis; wann ich einem versprochen habe, daß ich von ihm so lang er lebt, nichts fordern will. Von der letzten Art giebt es nur eine Exception, und diese ist *exceptio doli*. Dann ich kann sie nur dem selbst entgegen setzen, der mich betrogen hat. Z. E. wann ich dem Eigenthümer eines Grundstücks eine Servitut ertheile, zu dem Contract aber betrüglich überredet werde: so kann ich dem Contrahenten selbst exceptionem doli entgegen setzen. Gesetzt aber er verkauft das Grundstück, und der neue Eigenthümer klagt auf die Servitut. Diesem steht die exceptio doli nicht im Wege.

TIT. XIV.

De replicationibus.

§. 1202. Was ist die Replik?

Gleichwie der Beklagte sich gegen die Klage durch eine Exception zu helfen sucht: so bemüht sich der Kläger die Exception durch einen Satz zu elidiren, welcher *replica* oder *replicatio* heist. Z. E. ich klage aus einem Darlehn auf 1000 Thlr. Der Beklagte excipirt, er habe mir diese Summe am 1sten Jan. 1778. schon abgetragen. Versetze ich nun darauf, daß diese Zahlung sich auf eine andere Schuld, als auf die eingeklagte beziehe: so ist dieser Satz meine Replik.

§. 1203. Was ist die Duplik?

Antwortet der Beklagte auf die Replik des Klägers, so heist die Antwort: *duplicae*, *duplicatio*. Also Exception und Duplik kommen (in der ersten Instanz) allezeit vom Beklagten, Replik aber immer vom Kläger her.

§. 1204. Wie viel Sätze erlaubt sind?

In wohlgeordneten Gerichten muß der Schriftwechsel mit der Duplik beschlossen werden. Thut das Beklagter nicht, so gibt der Richter ein Decret: Ist die Sache *ex officio* für beschlossen anzunehmen, und sollen die Partheyen zu Anhörung eines Bescheids auf den — — erscheinen. Findet der Kläger etwas neues in der Duplik, das eine neue Beantwortung erfordert: so muß er um *veniam triplicandi*, um die Erlaubniß eine dritte Schrift einzureichen, bitten. Diese wird nicht leicht abgeschlagen, und nun versteht sichs von selbst, daß der Beklagte das Recht zu quadrupliciren, oder die Triplik zu beantworten habe. Dem Beklagten gehört allemal der letzte Satz, das heist, er übergibt die letzte Schrift, weil sonst der Kläger einen Satz mehr als der Beklagte haben würde. Wo aber die Gerichte in schlechter Verfassung sind, da schreiben die Advocaten bis zur Quintuplik und Sechstuplik, ja oft noch weiter; so lange bis sie müde sind, und das werden sie nicht leicht, weil sie für die Gebühr schreiben.

TIT. XV.

De interdictis.

§. 1205. Was sind Interdicte?

Interdicte waren nach einem gewissen Formular abgefaßte Befehle des Prätors in einer Sache, die keinen Vorzug litt, oder das öffentliche Beste betraf, die er, ohne den Impetraten (das heist den gegen welchen der Befehl gerichtet ist), gehört zu haben, ergehen ließ. Also sie waren ungefehr das, was man heut zu Tage gerichtliche Mandate nennt. In den neuern Zeiten wurden zwar die Interdicte selbst nicht abgeschafft; sonst würde Justinian nicht in den Institutionen und Pan-

decten so weitläuftig davon gehandelt haben; aber der alte modus procedendi wurde geändert; und das wollen die Worte in der Rubrik des 1sten Titels im 43sten Buch der Pandecten sagen: de interdictis, *sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt.* Ihren Namen haben übrigens entweder die Interdicte von ihrem Erfinder; wie z. E. das Salvianum, von einem Prätor Salvius; oder von den Anfangsworten, z. E. das interdictum uti possidetis hat seine Benennung daher, weil es also lautete: Uti possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.

§. 1206. Erste Eintheilung der Interdicte.

Sieht man auf die Form der Interdicte: so sind sie entweder *prohibitoria*, oder *restitutoria*, oder *exhibitoria*; nachdem der Prätor entweder befiehlt, daß etwas unterbleiben, oder daß etwas herausgegeben, oder daß mir etwas gezeigt werden soll, um davon den nöthigen Gebrauch zu machen. Prohibitoria interdicta sind: *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, *ne quid in loco sacro fiat*, was die heilige Stätte verunzieret oder beschädiget; *ne quid in loco publico vel itinere fiat* (*1). Ein restitutorium interdictum ist das *unde vi*; und exhibitoria sind *interdictum de libero homine exhibendo*, *de tabulis exhibendis.*

(1) Man s. von diesen Interdicten *Ev. Otto* de tutela viarum publ. Part. 3. cap. 8. p. 521. sqq. *G. L. Boehmer* de iure principis circa loca & opera publica cap. 2. §. 14. sqq. in elect. iur. civ. Vol. 1. p. 609. sqq.

§. 1207. Zweite Eintheilung.

Wann man auf den Gegenstand der Interdicte sieht: so betreffen sie entweder ein obiectum divini, oder humani iuris. Von der ersten Art ist das interdictum ne quid in loco sacro fiat. Die interdicta de rebus humani iuris betreffen entweder einen freyen Menschen, dergleichen ist das interdictum de libero homine exhibendo, oder eine dem ganzen Staat gehörige Sache, wie z. E. das interdictum ne quid in loco publico fiat, oder eine Privatsache; die letztere sind entweder interdicta adipiscendae, oder retinendae, oder recuperandae possessionis. Wann ich den Besitz einer Sache zu erlangen suche, die ich noch nie besessen habe: so ist es interdictum adipiscendae possessionis. Werde ich in meinem Besitz gestört: so suche ich ein interdictum retinendae possessionis, und wann ich gänzlich aus dem Besitz gesetzt worden bin, mithin wieder eingesetzt seyn will: so bitte ich um ein interdictum recuperandae possessionis.

§. 1208. Interdicta adipiſcendae poſſeſſionis.

Unter den interdictis adipiſcendae poſſeſſionis ſind die vornehmſten *quorum bonorum*, *quod legatorum* und *Salvianum*. Sonſt gehören auch noch hierher; *interdictum de glande legenda*, *de itinere*, *quo venditor uſus eſt*, und *ex L.* 3. *C. de pignoribus.*

§. 1209. Was iſt das interdictum quorum bonorum?

Das Erbrecht entſteht entweder aus den Civilgeſetzen, oder aus dem prätoriſchen Edict. Das letzte heiſt bonorum poſſeſſio. Einem prätoriſchen Erben ſtehen zweyerley Rechtsmittel zu, ein petitoriſches und poſſeſſoriſches. (§. 1089.) Das petitoriſche heiſt *hereditatis petitio poſſeſſoria*, (§. 707.) das poſſeſſoriſche *interdictum quorum bonorum*. Der Prätor giebt dieſes Interdict demjenigen, welcher ſein Erbrecht einigermaſſen beſcheinigen kann, gegen einen der die Erbſchaft pro herede oder poſſeſſore beſitzt, und keine ſo probable Gründe ſeines Erbrechts anzugeben im Stande iſt. Er ſetzt nemlich jenen in den Beſitz der Erbſchaft, und verweiſet dieſen mit ſeinen weit ausſehenden Gründen in das petitorium.

§. 1210. Unterſchied dieſes Interdicts und der Erbſchaftsklage.

Dieſes Interdict iſt alſo von der Erbſchaftsklage (hereditatis petitione) ſehr verſchieden. Dann a) wer die Erbſchaftsklage anſtellt, der will für den wirklichen Erben erklärt ſeyn, er klagt auf das Erbrecht; hingegen durch das Interdict ſucht man nur den Beſitz der Erbſchaft. b) Die Erbſchaftsklage geht auf alle Erbſchaftsſachen, körperliche und unkörperliche, das Interdict nur auf die erſtere, dann unkörperliche Sachen ſind kein Gegenſtand des Beſitzes (§. 341.) c) Bey der Erbſchaftsklage muß der Kläger ſein Erbrecht vollſtändig beweiſen; die Ausflüchte des Beklagten, wann ſie gleich *altioris indaginis* ſind, wie die Juriſten reden, müſſen ſämtlich unterſucht und geprüft werden; hingegen wann ich das Interdict anſtelle: ſo beſcheinige ich nur mein Erbrecht, das heiſt, ich mache es wahrſcheinlich; weit ausſehende Exceptionen des Beklagten werden hier nicht angehört, ſondern ins petitorium verwieſen. Man ſieht hieraus, daß dieſes interdictum ſehr nützlich iſt. Dann wann ich die Erbſchaftsklage anſtelle, ſo kann der Proceß viele Jahre dauern, und während dieſer Zeit bleibt der Gegentheil immer im Beſitz. Hingegen bey dem Interdict geht alles ſummariſch und kurz, ich komme in den Beſitz, und kann nun den Ausgang der Sache im petitorio

ohne

ohne Nachtheil abwarten. Und aus diesem Grunde, weil das interdictum quorum bonorum so nützlich ist, hat man es in der Folge auch auf den heredem civilem ausgedehnt, und nennt es daher, im Fall es der bonorum possessor anstellt, *directum*, wann es aber der bürgerliche Erbe sucht, *utile*. Z. E. ich bin bisher öffentlich für den Bruder des Erblassers gehalten worden; da ich die Erbschaft als Intestaterbe in Besitz nehmen will, macht mir ein entfernterer Verwandter quaestionem status, behauptet, ich sey kein legitimer Bruder; seine Argumente aber erfordern eine weitläuftige Untersuchung. In diesem Falle kann ich das interdictum quorum bonorum utile mit vielem Vortheil gebrauchen, mein Erbrecht summarisch beweisen, und bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft so lange setzen möge, bis der Gegentheil sein Vorrecht in petitorio bewiesen habe.

§. 1211. Vom remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadr. toll.

Ja auch auf den Testamentserben ist es erstreckt worden, und in diesem Falle heist es *remedium ex L. C. de edicto Divi Hadriani tollendo*. Wann ich nemlich in einem Testament zum Erben ernennt bin, das keinen sichtbaren Fehler hat, das heist, keinen solchen, der bey der Ansicht und Durchlesung des Testaments erhellet: so kann ich bitten, daß man mich in den Besitz der Erbschaft setze, und die exceptiones altioris indaginis der Intestaterben gegen das Testament ad separatum verweise. Den Namen hat dieses Interdict daher: Lex Iulia verordnete, daß jeder Erbe der kein Agnat sey, fünf Procent an den Fiscus zahlen sollte. Damit diese vicesima von den Erben ohne Verzug entrichtet werden könnte, gab K. Hadrian das Edict, daß ein Testamentserbe sogleich in den Besitz der Erbschaft gesetzt werden sollte, wann das Testament keinen sichtbaren Fehler hätte; er sollte aber um diese Rechtswohlthat, bey Verlust derselben, binnen einem Jahre bitten; dieses letzte hob Justinian in der L. ult. C. cit. auf.

§. 1212. Vom interdicto quod legatorum.

Das interdictum quod legatorum setzt folgendes voraus: 1) ein Legatar occupirt die vermachte Sache ohne ausdrückliche Erlaubniß des Erblassers oder Erben; dann ist dieß geschehen, so fällt das Interdict weg. 2) Ehe der Erbe den Besitz der Erbschaft apprehendirt hat; hat er dieß gethan: so begeht der Legatar, durch die Besitzergreifung ein spolium. 3) Der Erbe hat ein Interesse dabey, daß ihm das Legat wieder herausgegeben werde, weil z. E. die Falcidia noch nicht ausgerechnet und abgezogen ist; weil der

Erbe

Erbe die Wahl hat, dem Legatar die apprehendirte oder eine andere Sache zu geben u. s. w. Er will auch 4) Caution stellen, daß sobald als jene Anstände gehoben sind, der Legatarius die Sache wieder haben soll. In diesem Fall kann der Erbe das interdictum quod legatorum anstellen, und bitten, daß der Legatar die Sache wieder herausgebe, bis die vorwaltende Anstände gehoben sind.

§. 1213. Vom interdicto Salviano und quasi Salviano.

Wann mir mein colonus, das heist, einer, der mein praedium rusticum gepachtet hat, zur Sicherheit des Pachtgeldes seine Mobilien verschreibt, und mir Pachtgeld schuldig bleibt: so kann ich ein Interdict anstellen, um zum Besitz dieser Sache zu gelangen, und dieses heist *Salvianum*. Man hat es nachher auch auf andere Pfandglaubiger ausgedehnt, und in diesem Falle heist es *quasi Salvianum*, oder *utile*.

§. 1214. Unterschied dieser Interdicte von der actione Serviana und quasi Serviana.

Diese Interdicte sind also von der actione Serviana und quasi Serviana oder hypothecaria unterschieden, 1) darin: bey diesen Klagen bitte ich, daß mir das Pfandrecht, und in Gefolge desselben der Besitz, zuerkannt werde; bey den Interdicten aber nur um Besitz des Pfandes. 2) Die actio hypothecaria geht gegen jeden Besitzer; die interdicta Salvianum und quasi Salvianum nur gegen den Schuldner. Dieß ist wenigstens die richtigere, in der L. 1. Cod. de precar. & Salv. interd. (VIII. 9.) gegründete Meynung (* 1). 3) Wann die Interdicte gesucht werden, so sind Bescheinigungen hinreichend, die Sache wird summarisch behandelt, wie bey allen Interdicten. Wo aber die hypothecarische Klage angestellt wird, da muß ein förmlicher strenger Beweis geführt werden, die Sache wird nach den Regeln des ordentlichen Processes (§. 1240.) verhandelt, und der Kläger muß sich auf alle Exceptionen des Beklagten, auch die weit aussehende (altioris indaginis), einlassen (* 2).

(1) Dort heist es: Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano, (id *enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit*), sed Serviana actione &c. *Berger* Diss. de Salv. interd. th. 10. *Water* Obs. iur. rom. Lib. 1. Cap. 14. *Boehmer* praefat. ad *Brisson.* §. 12. not. p. in Ex. ad P. Tom. 1. p. 75. & in tract. de act. Sect. 2. C. 3. §. 103. *Cocceji* iur. contr. tit. de Salv. interd. *Püttmann* Diss. de Salviano interdicto Cap 6. p. 34.

Anderer Meynung sind *Cujacius* Lib. 5. Obs. cap. 24. *Fachinaeus* controv. iur. Lib. 8. Cap. 92. *Pesler* Diss. de Salv. interd. utili adversus quemcunque rerum oppignoratarum possessorem competente. *Walch* controvers. pag. 454. und zwar wegen der L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. wo es heist: Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli *adversus extraneum* Salviani interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit Allein der *Extraneus* ist, wie der Gegensatz inter ipsos vero sqq. zeigt, der Pachter. Will man darunter aber einen dritten Besitzer verstehen, so kann doch keiner gemeynt seyn, als einer, welcher die Sache, wissend, daß sie verpfändet sey, an sich brachte; oder auch einer, der gar keinen Titel hat.

(2) *Leyser* sp. 511. m. 1. 2.

§. 1215. Von den interdictis retinendae possessionis.

Die Interdicte, wodurch man die Possession zu erhalten sucht, in welcher man sich befunden hat, und noch befindet, worin uns aber ein anderer stört, sind das *interdictum uti possidetis* und *utrubi*.

§. 1216. Vom interdicto uti possidetis.

Wann ich mich im Besitz einer unbeweglichen Sache befinde, und zwar in meinem eigenen Namen, nicht als Miethsmann, Commodatar, Depositar u. s. w. (dann wer in eines andern Namen besitzt, bekommt dieses Interdict nicht); 2) nicht mit Gewalt, nicht heimlich, nicht bittweise, (vi, clam & precario); 3) darin turbiret werde, directe oder indirecte; z. E. Jemand will mir nicht erlauben in meinem Hofe zu bauen, meinen Wald nach Gefallen zu benutzen; macht Anstalten mich aus dem Besitz zu setzen u. s. w. so kann ich dieses Interdict anstellen, und bitten, daß dem Gegentheil die Stöhrungen meines Besitzes verboten werden, daß er deßfalls Caution leiste, (cautionem de non amplius turbando), und daß er mir allen Schaden ersetze. Den Namen hat dieses Interdict von den Anfangsworten. Dann es hieß: uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Daß der Prätor im Plural sprach, uti possidetis, und nicht uti possides, kommt daher, weil er zuweilen beyde Theile im Besitz schützte. (§. 1222.)

§ 1217. Es ist entweder summariissimum oder ordinarium.

Nach dem römischen Recht, bekam, wie gesagt, nur derjenige das interdictum uti possidetis, der sich nicht mit Gewalt, nicht heimlich und nicht bittweise

bittweise im Besitz befand. Weil aber über den Besitz oft heftige Streitigkeiten entstehen, und die Partheyen zu Thätlichkeiten schreiten, indem sich ein Jeder im Besitz schützen will; in unsern Gerichten auch der modus procedendi so langsam ist, daß die Untersuchung, wer von beyden Theilen nicht vi, clam und precario besitze, viele Jahre dauern kann: so hat man in der Praxis den Grundsatz angenommen a) daß einer im Besitz geschützt werden müsse, wann er auch weiter nichts als den Besitz (nudum factum possessionis) beweisen kann; wofern nur die Fehler des Besitzes (vitia possessionis) nicht ganz offenbar sind; b) daß er indessen aus dem Besitz weichen muß, wann der Gegentheil zeigt, daß er in einem älteren und besseren Besitz sey. Daher ist dann das interdictum uti possidetis, oder wie es die Praktiker nennen, das remedium possessorium entweder *summariissimum* oder *ordinarium*. In dem summariissimo wird auf weiter nichts gesehen, als auf das factum possessionis, ob einer jetzt im Besitz ist. Hingegen im ordinario wird auf die Qualitäten des Besitzes gesehen; ob ich länger im Besitz gewesen bin, als mein Gegner, und ob meine Possession sich auf einen gerechten Titel gründe. Kann ich z. E. zeigen, daß ich seit 10. 20. Jahren, mein Gegner aber nur kurze Zeit im Besitz war; zeigen, daß ich iustum titulum possessionis habe: so werde ich geschützt, mein Gegner muß weichen, und seine *actus possessorii* werden, wie die Praktiker reden, *pro turbativis* erklärt. Indessen kann er sich nun zum petitorio wenden. Wann er hier zeigt, daß, ob ich mich gleich im ältern Besitz befinde, er dennoch mehr Recht auf die Sache habe, als ich: so gewinnt er, und ich muß die Sache herausgeben. Zuweilen folgen in Ansehung desselben Gegenstandes die drey remedia, summariissimum, ordinarium und petitorium auf einander. Z. E. der Streit betrifft die Jagd. Ich bescheinige, daß ich seit kurzem einigemal öffentlich und ruhig in dem Wald gejagt habe. Nun werde ich im summariissimo geschützt. Mein Gegentheil aber beweiset hierauf, daß er seit zehen und mehreren Jahren daselbst gejagt habe. Dieß wirkt so viel, daß er im ordinario geschützt wird. Ich ergreife also jetzt das petitorium, und zeige, daß mir das Recht zu jagen zustehe.

§. 1218. Vom interdicto utrubi.

Das interdictum utrubi ist vom interdicto uti possidetis blos darin verschieden, 1) daß es auf bewegliche Sachen geht, jenes das interdictum uti possidetis auf unbewegliche; 2) daß es nur derjenige bekommt, der den grösten Theil des nächst verflossenen Jahres hindurch im Besitz gewesen ist.

Den Namen hat dieß Interdict auch von den Anfangsworten. Dann es lautete also: utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Nach dem neuen römischen Recht wird nicht mehr erfordert, daß einer den gröſten Theil des Jahres hindurch im Beſitz geweſen ſey; ſondern es iſt genug, daß er zur Zeit des Interdicts ſich nicht clam, vi und precario darin befinde.

§. 1219. Vom interdicto uti poſſidetis utili.

Das interdictum uti poſſidetis geht directe nur auf körperliche Sachen. Man hat es aber auch utiliter auf Gerechtigkeiten angewendet. Wann ich im Beſitz einer Realſervitut, z. E. der Jagdgerechtigkeit, des Zehendrechts u. d. gl. des Nießbrauches, des iuris ſuperficiarii, und anderer Rechte geſtört werde: ſo kann ich dieſes Interdict anſtellen. In dem Fall, wo der ſuperficiarius vom domino ſuperficiei im Beſitz geſtört wird, und daher ein Interdict ſucht, heiſt es interdictum de ſuperficiebus. Nach der Praxis wird das interdictum uti poſſidetis ſogar dem Pachter geſtattet, wann ihn der Verpachter in der Perception der Früchte ſtöhrt.

§. 1220. Vom interdicto unde vi.

Das interdictum unde vi wird einem Jeden gegeben, der 1) im Beſitz geweſen iſt, es mag nun ein Civil- oder blos natürlicher Beſitz ſeyn, und zwar 2) einer unbeweglichen Sache, bey beweglichen Dingen hat das Interdict nicht ſtatt; der aber 3) mit Gewalt aus dem Beſitz geſetzt worden iſt. Der Zweck iſt, daß der entſetzte wieder in die Poſſeſſion geſetzt, und ihm aller Schaden vergütet werde. Nach dem Recht des Coder hat dieß Interdict auch gegen den ſtatt, der mich ohne Gewalt, aber doch unrechtmäſiger Weiſe meines Beſitzes beraubt, z. E. gegen den Pachter, wann er nach geendigter Pachtzeit nicht weichen will. Nicht nur der Entſetzte ſelbſt, ſondern auch der Erbe kann dieſes Interdict anſtellen (* 1). Gegen den Erben aber kann es nur in ſo weit angeſtellt werden, als er von dem unerlaubten Factum des Erblaſſers Vortheil gezogen hat, und gegen einen dritten Beſitzer hat es gar nicht ſtatt.

(1) *Walch* controv. p. 456.

§. 1221. Vom remedio ſpolii.

Allein im Canoniſchen Recht iſt es auch auf dieſen, deßgleichen auf die bewegliche

bewegliche Sachen (* 1) ausgedehnt worden. Nemlich das Canonische Recht nennt ein Factum, wodurch ich meines Besitzes unrechtmäsig beraubt, oder darin turbirt werde, *spolium* (* 2). Wer ein solches spolium erleidet, kann nach dem Cap. 18. X. de restit. spoliat. gegen den spoliantem, und einen dritten Besitzer, welcher des spolii kundig die Sache an sich gebracht hat, das remedium spolii anstellen. Ja die Ausleger des Canonischen Rechtes haben den Satz aufgebracht, der sich im Can. *redintegranda* 3. Caus. 3. Qu. 1. gründen soll, daß auch ein dritter Besitzer, der vom spolio nichts wußte, als er die Sache acquirirte, belangt werden könne. Ob nun gleich dieser Satz wirklich in dem angeführten Canon keinen Grund hat, so ist er doch, wie viele Juristen behaupten, in der Praxis angenommen (* 3); wiewohl auch manche diese Praxis für irrig und unbeständig erklären, und darauf keine Rücksicht wollen genommen wissen (* 4).

(1) *Pufendorf* Tom. 2. Obs. 142.

(2) Struben rechtl. Bed. 2 Band, 329 Seite.

(3) *Mynsinger* cent. 3. Obs. 85. n. 3. sqq. *Mev.* P. 4. D. 69. P. 8. D. 382. *Boehmer* de act. Sect. 2. Cap. 4. §. 40. *Wernher* Part. 6. Obs. 328.

(4) Z. E. *Cramer* Diss. de restitutione spoliati contra tertium possessorem §. 5. in opusc. Tom. 3. pag. 98.

§. 1222. Die interdicta sind entweder duplicia oder simplicia.

Interdictum duplex heist das, wo jede Parthey sowohl Klägers als Beklagtens Stelle vertreten kann, *simplex*, wo dieß nicht möglich ist. Duplicia interdicta sind uti possidetis und utrubi. Wann ich behaupte, im privativen Besitz einer Sache zu seyn, und mein Gegner dieß auch von sich behauptet: so kann ich gegen ihn klagen, und mich über Störung des Besitzes beschweren; es kann aber auch geschehen, daß er klagt. So ist es auch bey dem interdicto utrubi. Hingegen bey den übrigen Interdicten hat dieß nicht statt, z. E. bey dem interdicto quorum bonorum kann kein anderer Kläger seyn als der, welcher den Besitz der Erbschaft sucht, und Beklagter kein anderer, als der Besitzer. Bey dem interdicto quod legatorum ist der Erbe Kläger, der Legatar Beklagter. Diese interdicta sind also simplicia.

§. 1223. Von den Mandaten.

Eine Aehnlichkeit mit den Interdicten haben die heutiges Tages übliche Mandate oder Gebote. Es sind ebenfalls Befehle, welche die Obrigkeit

rläßt, ohne den, gegen welchen sie ergehen, vorher zu hören, und haben in mehreren Fällen, als die römische Interdicte statt, oft wird auch dabey eine Geldstrafe gedrohet, welches bey den Interdicten nicht geschah. Der Regel nach soll der Richter auf einseitiges Vorbringen nichts befehlen, sondern den Beklagten zuvor citiren und hören. Wann indessen Jemand eine Sache dem Richter vorträgt, welche ganz klar und keine weitläuftige Untersuchung zu erfordern scheint, auch das, was er von Thatsachen vorbringt, sogleich bescheinigt, besonders wann sich a) Jemand über eine Handlung beschwehrt, die schlechterdings nicht zu vertheidigen ist, (factum nullo iure iustificabile); oder b) wenn die Sache das gemeine Beste betrifft, oder c) ein unersetzlicher Verlust dabey zu besorgen ist, oder d) die Sache aus andern Ursachen keinen Vorzug leidet: so kann der Richter nach den Reichsgesetzen und Verordnungen oder der Praxis einzeler deutschen Provinzen sogleich einen Befehl geben. Beyspiele sind: wann Jemand aus klaren Briefen und Siegeln, oder auch in andern klaren Schuldsachen klagt; wann der andere mit Vorbeygehung der Obrigkeit sich selbst (via facti) Hülfe schaffen will, z. E. durch unerlaubte Pfändungen; wann Jemand Fideicommißgüter veräussern will; wann ein Arrest gegen angebotene hinlängliche Caution nicht aufgehoben wird; wann Jemand widerrechtlich ein Gebäude aufführen oder niederreissen, einen Wald umhauen will; wann mir einer die schuldige Alimente verweigert; der Richter die Justitzpflege versagt oder verzögert; einen mit Unrecht im Gefängniß hält; der Unterrichter, nachdem von seinem Ausspruch appellirt worden ist, doch in der Sache fortfährt; wann die Unterthanen ihrer Obrigkeit die Leistung der Huldigung oder schuldiger Abgaben verweigern; wann Ueberfall mit Waffen, Aufruhr, Tumult, vorhanden, oder zu befürchten ist ꝛc. ꝛc.

Die Mandate sind entweder **mit** oder **ohne Clausel, Anhang.** In einem Mandate sine Clausula wird einem schlechterdings und oft auch bey Strafe zu gehorchen befohlen. Meistens wird ihm auch auferlegt in einem gesetzten Termin zu erscheinen und glaubhafte Anzeige zu thun, daß er dem Gebot ein Gnüge gethan habe, oder zu sehen und zu hören, daß er seines Ungehorsams wegen in die angedrohete Strafe werde verurtheilt werden (* 1). In dem cum clausula aber heist es, er solle gehorchen oder binnen der und der Frist erhebliche Ursachen beybringen, warum er sich nicht schuldig erachte dem Gebot Folge zu leisten. Gegen ein Mandat mit der Clausel haben alle gegründete Einreden statt, gegen eines ohne Clausel aber kann nur die *exceptio subs & obreptionis* opponirt werden. Wann nemlich der Impetrat

(gegen

(gegen den das Mandat ergangen ist), zeigen kann, daß der Impetrant (der es erhalten hat), in seiner Vorstellung wahre Umstände verschwiegen oder falsch angeführt habe: so wird das Mandat cassiret. Kann er das aber nicht, führt er keine oder solche Exceptionen an, welche der Richter ungegründet findet, so wird, entweder sogleich, oder nachdem der Impetrant mit seiner Replik gehört worden ist, das Mandat bestätigt (* 2).

(1) In welchen Fällen bey den Reichsgerichten Mandate ohne Clausel erlassen werden können, bestimmt der jüngste Reichsabschied §. 79. und die Cammergerichtsordnung 2. Th. 25. Tit.

(2) Wer mehr von dem Mandatsproceß zu wissen verlangt, muß die Processualisten, z. E. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, 325. u. ff. Tit. nachschlagen.

TIT. XVI.

De poena temere litigantium.

§. 1224. Was heist temere litigare?

Etwas anders ist *iniuste*, etwas anders *temere*, und wieder etwas anders *calumniose litigare*. Wer Proceß führt, ohne Recht zu haben, der litigirt *iniuste*. Er kann aber doch einige Scheingründe haben. Wer dergleichen nicht einmal hat, und doch processirt, der litigirt *temere*. Ein temerarius litigator kann indessen glauben, Recht zu haben, er kann in bona fide seyn. Wer aber Proceß führt, und weiß, daß er Unrecht hat, blos aus Schikane processirt, der heist *calumniosus litigator*. Um verwegene und schikanöse Processe zu verhüten, haben die Gesetzgeber das iuramentum calumniae und verschiedene Strafen eingeführt.

§. 1225. Vom iuramento calumniae.

Das iuramentum calumniae, Eyd vor Gefährde, ist der Eyd, wodurch Parthey oder Sachwalter versichern, daß sie ihre Sache für gerecht halten. Nach dem römischen Recht soll jede litigirende Parthey und jeder Advocat bey dem Anfang des Processes ein *iuramentum* calumniae *generale* ablegen.

ablegen. Allein dieß geschieht heutiges Tags fast nirgends. Hingegen das iuramentum calumniae *speciale*, das auf einzelne im Proceß vorkommende Handlungen gerichtet ist, ist noch gewöhnlich. Z. E. wann ich von Jemand die Herausgabe gewisser Documente fordere, und es wahrscheinlich ist, daß ich dieß nur in der Absicht thue, um ihn zu schikaniren: so kann er von mir das iuramentum calumniae fordern. Auch muß in allen deutschen Provinzen einer, der seinem Gegentheil den Eyd deferirt, zuvor das iuramentum calumniae schwören.

§. 1226. Von den Strafen der verwegenen Litiganten.

Die Strafen des verwegenen Litigirens sind mancherley. 1) *Poena dupli.* Diese findet statt a) wann ich einem ein depositum miserabile wissentlich ableugne; (§. 785.) b) wann ich leugne, ein damnum iniuria begangen zu haben; (§. 1058.) oder c) exceptionem non numeratae pecuniae gegen besseres Wissen opponire; (§. 851.) oder d) ein Vermächtniß, das einer frommen Stiftung verlassen ist, boshaft ableugne. (§. 1121.) 2) **Die Last der Beweisführung.** Wann ich condictionem indebiti anstelle, so muß ich beweisen, daß ich *indebite* bezahlt habe. Gesetzt aber, ich belange einen condictione indebiti, und er leugnet die Zahlung. Jetzt muß er zur Strafe beweisen, daß ich *debite* bezahlt habe. 3) **Der Verlust des Rechtes, ein schädliches Thier an Zahlungsstatt zu geben.** (§. 1169.) 4) **Die Ersetzung der Proceßkosten.** Wann ich einen Proceß zwar verliehre, aber doch einige Scheingründe vor mir gehabt habe: so werden die Kosten compensirt, das heist, ich ersetze meinem Gegentheil das nicht, was ihn der Proceß gekostet hat. Wer aber temere litigirt und verliert, der muß dem Sieger alle Proceßkosten erstatten.

TIT. XVII.

De officio iudicis.

§. 1227. Was heist iudicium?

Das Wort iudicium hat im römischen Recht mancherley Bedeutungen. Es bedeutet a) zuweilen den Richter, wann er nemlich aus mehreren Personen

Personen besteht. Man sagt, z. E. das Gericht befehle etwas. b) Zuweilen eine Klage z. E. in dem Ausdruck iudicium finium regundorum; zuweilen c) der Ort, wo Gericht gehalten wird; zuweilen d) die Form des Processes. Hier verstehen wir darunter eine gesetzliche Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreites, die von dem competenten Richter geschieht. In dem iudicio ist also zu betrachten 1) das Subject desselben, das heist, die Personen die dazu gehören; 2) das Object, oder die Sachen, welche untersucht und entschieden werden; 3) die Form, welche der Proceß heist.

§. 1228. Personen des Gerichts.

Einige Personen sind im Gericht wesentlich nöthig, andere sind nur zufällig vorhanden. Wesentlich nöthige sind der Richter und die Partheyen, das heist, Kläger und Beklagter. Zufällige Personen sind auf Seiten des Richters der *actuarius*, die Beysitzer, Scribenten, Gerichtsdiener, und bey den Römern die *manus militaris*, Leute die zur Execution gebraucht wurden; von Seiten der Partheyen: die Advocaten, Procuratoren, Syndici, *litis denunciati*, Vormünder, Pfleger, und *actores*, das heist, Sachwalter, die der tutor oder curator allein ohne Zuziehung des Pupillen, und zwar vor geschehener Litiscontestation bestellte.

§. 1229. Was ist der Kläger und Beklagte?

Kläger heist, welcher im Gericht verlangt, daß ihm etwas gethan oder gegeben werde; Beklagter, der sich gegen die Klage vertheidigt. Zuweilen wird Jemand belangt, und stellt gegen den Kläger eine Widerklage (reconventionem) an. Z. E. ich belange einen aus einem Pachtcontract. Er behauptet, daß er mir nichts schuldig sey, mich vielmehr überzahlt habe, und fordert dieß überzahlte zurück. In diesem Fall heist er der Wiederkläger, und ich der Kläger heise Wiederbeklagter. Beyde, sowohl der Kläger als Beklagte müssen personam standi in iudicio, das heist, das Recht haben, im Gericht zu erscheinen. Von dem Kläger insonderheit ist zu bemerken, daß er der Regel nach nicht gezwungen wird, zu klagen. Die Ausnahmen dieser Regel kommen in den Pandecten vor. Einige Rechtssachen giebt es, wo jeder von den Partheyen Kläger und Beklagter seyn kann; wer zuerst im Gericht erscheint und die Sache anhängig macht, ist Kläger, der Gegentheil ist Beklagter. Diese Sachen sind die actio *finium regundorum*, *familiae herciscundae* und *communi dividundo*, und sie heissen daher *iudicia duplicia*.

Wann nemlich die Gränzen zwischen meinem und meines Nachbarn Acker confus sind; oder wann ich und ein anderer bisher eine Erbschaft, eine einzelne Sache gemeinschaftlich besessen habe: so kann er sowohl als ich auf die Herstellung der Gränze, auf die Theilung klagen. Wer aber zuerst klagt, ist Kläger.

§. 1230. Eigenschaften des Richters.

Bey dem Richter wird erfordert 1) daß er die Jurisdiction habe, 2) daß er competent, und 3) nicht verdächtig sey.

§. 1231. Was ist Jurisdiction nach römischem Recht?

Jurisdiction heist bey den römischen Rechtsgelehrten das Recht einer Magistratsperson, eine streitige Civil-Sache zu untersuchen und zu entscheiden. 1) Die Römer also legten die Jurisdiction allein den Magistratspersonen bey, nicht den *iudicibus pedaneis*, den Beysitzern des Prätors; auch nicht dem *arbitro*, das heist, einem Schiedsrichter, der blos von den Partheyen zur Entscheidung eines Streits erwählt worden ist, aber keine öffentliche Autorität hat. 2) Das Recht die Verbrechen zu bestrafen, das wir heutiges Tags die peinliche Gerichtsbarkeit nennen, hieß bey den Römern nicht Jurisdiction in eigentlichem Verstande, sondern *qnaestio* oder *gladii potestas*. 3) Auch das Recht, die Handlungen der Bürger, z. E. Manumissionen, Emancipationen, Alienation der Güter eines Minderjährigen, zu bestätigen, was wir heut zu Tage iurisdictionem voluntariam nennen, wurde bey den Römern nicht unter dem Wort iurisdictio begriffen, wann sie das Wort in seiner eigentlichen Bedeutung nahmen. (S. die 72ste Tabelle.)

§. 1232. Grundsätze von der Jurisdiction.

1) Die Jurisdiction kam den römischen Magistratspersonen iure magistratus zu; das heist, gewisse Personen waren dazu bestellt, daß sie die Jurisdiction ausüben sollten, dieß war ihre ursprüngliche und wesentliche Bestimmung. 2) Hingegen das Recht die Handlungen der Bürger zu bestätigen, hatten einige Magistratspersonen durch besondere Gesetze bekommen. Auch 3) das ius gladii kam nur einigen vermöge besonderer Gesetze zu. 4) Die Rechte, welche eine Magistratsperson iure magistratus hatte, also kurz die eigentliche Jurisdiction konnte er einem Vicarius übertragen, (mandare poterat.)

terat.) Hingegen Rechte, die ihm aus besonderen Gesetzen zustanden, also die peinliche Gerichtsbarkeit und die iurisdictionem voluntariam mußte er in eigner Person ausüben.

§. 1233. Die Jurisdiction ist entweder propria oder mandata.

Nemlich ein römischer magistratus war befugt, seine Jurisdiction einem Vicarius zu übertragen, und durch diesen exercciren zu lassen. Dann bey den Römern waren militarische Verdienste ein Mittel, zu allen Ehrenstellen, auch zu solchen zu gelangen, mit denen Jurisdiction verbunden war. Ein römischer magistratus verstand also oft gar nichts von Jurisprudenz. Daher war die Jurisdiction entweder propria oder mandata. Wann der magistratus die Gerichtsbarkeit in eigner Person ausübt: so heist sie *propria*; wann er sie aber einem andern überträgt, *mandata* oder *delegata*.

§. 1234. Entweder ordinaria oder prorogata.

Wann ein magistratus die Jurisdiction über seine gewöhnliche Gerichtsunterthanen ausübt: so heist sie *ordinaria*, wann er sie aber über solche Personen exercirt, die sonst nicht unter ihm stehen, die nur jetzt wegen einer Prorogation der Gerichtsbarkeit sich vor ihm einlassen müssen: so heist sie *prorogata*. Die Prorogation aber geschieht entweder durch einen Vertrag; wannn ich nemlich mich freywillig der Jurisdiction eines Richters unterwerfe, unter dem ich nicht stehe; oder durch das Gesetz. Nemlich in dem Fall, wann ich Jemand belange, und er eine Gegenklage (*reconventionem*) gegen mich anstellt: so muß ich mich auf die Gegenklage vor der Obrigkeit einlassen, vor der ich geklagt habe; ob ich gleich sonst nicht unter ihr stehe. Z. E. wann ein Bauer aus dem Amte A. einen Einwohner des Amtes B. aus einem Pachtcontracte belangt, und dieser nicht nur leugnet, aus dem Contracte etwas schuldig zu seyn, sondern auch Gegenforderungen formirt, und auf diese eine Wiederklage anstellt: so muß sich der Kläger vor dem Amt B. einlassen, ob er gleich diesen Beamten sonst nicht unterworfen ist.

§. 1235. Was ist das imperium und wie vielerley?

Imperium heist bey den Römern das Recht, durch Strafen und Zwangsmittel die Bürger zu ihrer Pflicht anzuhalten. Sie theilen es zu den Zeiten der freyen Republik in civile und militare, zu den Zeiten der Kayser in merum und mixtum ein. Das civile hatten die magistratus urbani maiores,

der director, die consules, praetores und censores. Das militare hatten die magistratus militares. Es begriff das Recht über Leben und Tod, das kein magistratus urbanus hatte. Was das merum und mixtum imperium war, ist gar nicht ausgemacht. Die gemeine Meynung, die auch Noodt (* 1) vertheidigt, ist: merum imperium sey die peinliche Gerichtsbarkeit, oder das Recht die Verbrechen zu strafen gewesen. Aber diese Meynung läßt sich nicht beweisen. Man beruft sich zwar auf L. 3. D. de iurisd. Proconf. wo es heist: merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines. Allein diese Worte beweisen nur, daß das Recht Verbrechen zu strafen ein Stück, eine Wirkung des meri imperii war, nicht daß das ganze merum imperium darin bestanden habe (* 2). Albrecht und Gebauer (* 3) sagen, merum imperium est summa in provincia potestas cum iure gladii coniuncta. Bach (* 4) glaubt, das summum imperium exercitus, wobey keine Jurisdiction war, habe merum imperium geheisen. Endlich Menken am a. O. hält dafür, das Recht eine Sentenz zu exequiren, die ein anderer gesprochen hat, sey darunter zu verstehen. Das mixtum imperium halten die meiste für das Recht eine Sentenz in Civilsachen zu exequiren. Albrecht am a. O. aber glaubt, es sey nichts anders als die Jurisdiction selbst, und Bach am a. O. es sey potestas in provincia coniuncta cum iurisdictione gewesen.

(1) Tract. de iurisdict. & imperio Lib. 1. Cap. 4.

(2) *God. Laud. Mencken* progr. merum imperium iurisdictionem criminalem non esse in opusc. pag. 486. sqq.

(3) *Albrecht* Diss. de mero imperio §. 8. *Gebauer* Diss. de iurisdict. C. 1. §. 4. not. d.

(4) Unpartheyische Critik über juristische Schriften, 3 Band, 176 Seite.

§. 1236. Heutiger Begriff der Jurisdiction.

In Deutschland nimmt man die Worte Jurisdiction, Gerichtsbarkeit in weitläuftigerem Verstande, als die Römer das Wort iurisdictio nahmen. Dann man versteht darunter die ganze Gewalt, und jede Gattung derselben, welche einer obrigkeitlichen Person zukommt. Daher theilen wir die Jurisdiction nicht nur wie die Römer in propriam und delegatam, ordinariam und prorogatam, sondern (S. die 73ste Tabelle) auch auf folgende Art ein. 1) In Ansehung der Sachen (causarum) ist sie entweder *voluntaria* oder *contentiosa*. Wann die Obrigkeit eine Handlung der Unterthanen bestätigt,

stätigt, ihr öffentliches Ansehen beylegt: so übt sie iurisdictionem voluntariam aus, z. E. die Obrigkeit confirmirt einen Contract; erlaubt, daß die Güter eines Minderjährigen veräussert werden; läßt ein Testament bey sich hinterlegen; nimmt eine Schenkung zum Protocoll. Wann aber die Obrigkeit einen Streit der Unterthanen (causam controversiam) untersucht und entscheidet, so exercirt sie iurisdictionem *contentiosam*. Die voluntaria ist entweder *mera* oder *mixta*. Die contentiosa entweder *civilis* oder *criminalis*. Iurisdictio voluntaria mera ist vorhanden, wann die Obrigkeit eine Handlung ohne vorhergehende Untersuchung bestätigt; mixta, wann vor der Bestätigung eine causae cognitio vorausgeht. Z. E. wann bey der Obrigkeit ein Testament hinterlegt, eine Schenkung angezeigt, um die Confirmation eines Contractes gebeten wird: so stellt sie keine causae Cognition an; sie übt also iurisdictionem voluntariam meram aus. Will hingegen ein Minderjähriger etwas veräussern, so muß vor dem decreto alienandi eine Untersuchung geschehen. Hier also tritt iurisdictio voluntaria mixta ein. Die iurisdictio *civilis*, oder *inferior*, oder *bassa* geht auf Processe über erlaubte Handlungen, auch rechnet man die Bestrafung der Excesse oder kleinen Vergehungen (delictorum leviorum) dahin; die iurisdictio *criminalis*, oder *superior*, oder *alta* hingegen beschäftigt sich mit eigentlichen Verbrechen, (delictis gravioribus) und deren Bestrafung. 2) In Ansehung der Art wie einem die Jurisdiction zusteht, ist sie entweder *realis*, oder *patrimonialis*, oder *administratoria*. Die Jurisdiction kann nemlich auf Jemand als ein Recht übertragen seyn: der Landesherr kann aber einem Unterthan auch blos die Ausübung derselben überlassen. Im letzten Fall heist sie iurisdictio administratoria oder officialis. Dergleichen haben die Beamten, Justitzcanzleyen, Hofgerichte, Ober-Appellationsgerichte, u. s. w. Im ersten Fall ruht entweder die Gerichtsbarkeit auf einem Gute, daß nemlich alle Besitzer dieses Gutes, Dorfes u. s. w. diese Gerichtsbarkeit haben, oder sie steht einer *universitati*, z. E. einem Stadtrath, einer Academie u. s. w. zu. Jene heist *patrimonialis*, diese *realis*. Man sehe die hierher gehörige Tabelle.

§. 1237. Was ist die Competenz des Richters?

Wer eine Streitsache mit öffentlicher Autorität entscheiden will: muß Jurisdiction überhaupt haben; er muß aber auch befugt seyn, in dieser Art von Sachen, und über diesen Beklagten Recht zu sprechen; er muß, wie die Juristen sagen, *iudex competens* seyn. Also die competentia fori erfordert zwey Stücke; 1) daß der Richter in dieser Art von Sachen Recht sprechen

könne; oder daß er die speciem iurisdictionis habe, zu der die vorliegende Sache gehört. Z. E. ein Beamter kann über eine Schwängerungssache nicht sprechen, obgleich die Partheyen Bäuern aus seinem Amte sind, weil die Sache zu der Consistorial-Jurisdiction gehört, und der Beamte diese Art von Gerichtsbarkeit nicht hat. 2) Daß der Beklagte in diesem Processe ihm unterworfen sey. Ob der Kläger unter ihm stehe oder nicht, ist einerley. Dann die Regel ist actor sequitur forum rei, der Kläger muß vor dem Gericht klagen, dem der Beklagte unterworfen ist. Ob der Beklagte in allen Sachen oder nur in der gegenwärtigen unter diesem Richter stehe, ist ebenfalls gleichgültig. Wann z. E. ein Unterhan aus dem Lande A. in dem Lande B. ein Verbrechen begeht: so sind die Gerichte des Landes B. competent, aber nur in Ansehung des begangenen Verbrechens; also nur in dieser einzelnen Sache.

§. 1338. Eintheilungen des fori competentis.

Die competentia fori (S. die 74ste Tabelle) gründet sich entweder auf das gemeine Recht, oder auf ein *privilegium*. Im ersten Fall heist das forum *commune*, im letzten *privilegiatum*. Z. E. daß ich unter der Obrigkeit stehe, in deren Gerichtsbezirk ich liegende Güter habe, kurz unter dem iudice rei sitae, ist ein allgemeines Gesetz. Wann ich also vor ihr dieser Güter wegen belangt werde: so hängt der Proceß an einem foro communi. Hingegen die academische Personen, Professoren, Studenten, u. s. w. stehen vermöge eines besondern Privilegiums unter der academischen Gerichtsbarkeit; dieses forum ist also privilegiatum.

Das forum commune ist entweder in allen Sachen competent, oder nur in einigen. Im ersten Fall heist es *generale*, im zweyten *speciale*. Das römische Recht erkennt nur Ein forum commune generale, dieß heist forum domicilii (* r). Wann ich nemlich in dem Jurisdictionsbezirk einer Obrigkeit wohne: so muß ich mich der Regel nach, wann ich kein forum privilegiatum habe, in allen Sachen vor ihr einlassen.

Specialia fora sind: forum *contractus*, *delicti*, *deprehensionis*, *rei sitae*, *iurisdictionis prorogatae*, *gestae administrationis*. Wann ich nemlich an einem Orte contrahiret, oder den Contract an einem gewissen Ort zu erfüllen versprochen habe, und über diesen Contract Streit entsteht: so ist die Obrigkeit dieses Ortes in dem Processe competent; und ihr forum heist fo-

rum

rum contractus. Wer an einem Orte ein Verbrechen begeht, kann von der Obrigkeit dieses Orts bestraft werden; *(forum delicti)* Auch die Obrigkeit, welche einen Verbrecher gefänglich einzieht, kann ihn bestrafen; (forum deprehensionis.) Wer liegende Güter an einem Orte hat, muß sich vor der Obrigkeit des Ortes einlassen, wann er wegen dieser Güter belangt wird; *(forum rei sitae)*. Wann zwey Sachen conner sind, und eine Obrigkeit in der einen Sache competent ist, so kann sie auch die andere vor sich ziehen; *(forum continentiae causarum)*. Die Obrigkeit, welche einen Verwalter fremder Güter, z. E. einen Vormund bestellt, ist competent, wann er wegen dieser Administration belangt wird; *(forum gestae administrationis.)* Endlich wann ich die Jurisdiction eines Richters entweder freywillig über mich anerkenne, oder in der Reconvention anerkennen muß: (§. 1234.) so ist *forum prorogatae iurisdictionis* vorhanden.

Die fora privilegiata sind von zweyerley Art, dann das privilegium ist entweder der Sache, oder der Person gegeben. Zu den foris privilegiatis ratione causae gehört *forum caussarum ecclesiasticarum*, *fiscalium*, *feudalium*, u. s. w. zu den privilegiatis intuitu personae das *forum personarum miserabilium*, *militum*. *academicorum*, *clericorum*, *ministrorum principis*, u. s. w.

Nemlich geistliche Sachen haben ihr eignes forum, wo sie entschieden werden, das Consistorium. Die Fiscalsachen sollen nach dem römischen Recht vor den höchsten Gerichten ventilirt werden. In Deutschland aber klagt der Fiscal an dem Gericht, bey dem er bestellt ist, der Reichsfiscal an den Reichsgerichten, der Regierungsfiscal an der Regierung, der Amtsfiscal bey dem Amte. Lehnsachen haben in den meisten Ländern ein eignes forum, das der Lehnhof heist. Personae miserabiles heisen: Pupillen, Wittwen, Leute die an langwierigen Krankheiten liegen, oder einen schweren Leibesschaden haben, *(debiles.)* Diese haben vermöge der L. un. C. quando Imp. inter pupillos das Privilegium, daß sie nicht genöthigt sind, alle Instanzen zu durchlaufen, z. E. zuerst bey dem Amt, alsdann bey der Regierung und endlich bey dem Oberappellationsgericht ihren Proceß zu führen, sondern sie können, sie mögen nun Klägers oder Beklagtens Stelle vertreten, sogleich an das höchste Gericht im Lande provociren. Soldaten stehen unter den Regiments- und Kriegsgerichten; academische Personen unter dem Rector und Senate; Geistliche unter den consistoriis; herrschaftliche

liche Bediente nicht unter den Aemtern, wie Bürger und Bauern, sondern unter den Justitzcanzleyen oder Regierungen.

(1) Viele Juristen behaupten zwar, man habe nach römischem Recht einen jeden auch an seinem Geburtsort belangen können, und zwar auch in dem Fall, wann er seine Wohnung anderwärts aufgeschlagen gehabt hätte. Dieß nennen sie *forum originis speciale.* Ferner habe man jeden römischen Unterthan auch in Rom, als einer allgemeinen Vaterstadt belangen können. In Rom sey also das *forum originis generale* gewesen. Allein beydes ist unerweislich. Man sehe von dem angeblichen foro originis speciali *Goeddaerum* ad L. 190. de V. S. *Noodt* ad Pand. tit. de iudic. *Huber* praelect ibid. n. 47. Und vom generali *Cocceji* in iur. conh. eod. tit. Qu. 9.

§. 1239. Eintheilung der Gerichte in Rücksicht auf die Sachen.

Wann in einem Gericht geistliche Sachen abgehandelt werden: so heist es iudicium *eccleſiaſticum*; wann aber weltliche Sachen dahin gehören, *iudicium ſaeculare.* Geistliche Sachen sind nemlich: Sponsalien- Ehe- und Schwängerungssachen, Streitigkeiten über das Patronatrecht (das Recht einen Prediger oder Schulmeister zu bestellen) Sachen, welche Accidenzien und Besoldungen geistlicher Personen betreffen, Begräbnissachen, Inquisition wegen Ketzerey u. s. w. Die weltliche Gerichte sind entweder Civil- oder Criminalgerichte. Man theilt aber auch in Rücksicht auf die verhandelte Sachen, die Gerichte in *iudicia realia* und *perſonalia*; *univerſalia*, *generalia* und *ſingularia*; *petitoria* und *poſſeſſoria* ein. Iudicium reale ist vorhanden, wann der Proceß über ein dingliches Recht (ius in re), personale, wann er über ein persönliches Recht (ius ad rem) geführt wird. Wann über eine univerſitatem iuris, z. E. eine Erbschaft gestritten wird: so heist es iudicium univerſale; wird über mehrere Gegenstände, die aber doch keine univerſitatem iuris ausmachen, z. E. über die Rechnungen eines Vormundes processirt: so ist es iudicium generale. Und endlich wann der Streit eine einzelne Sache betrifft: iudicium ſingulare. Ist das Recht selbst streitig: so heist es iudicium petitorium; hingegen poſſeſſorium, wann nur der Besitz im Streit befangen ist. (§. 1089.)

§. 1240. Von den wesentlichen Stücken des Processes.

Wann eine Sache gerichtlich untersucht und entschieden werden soll: so sind gewisse Handlungen wesentlich nothwendig. Diese heisen *ſubſtantialia proceſſus*, und sind *actio*, *citatio*, *reſponſio*, *probatio*, *ſententia.* In jeder

der Civilsache muß geklagt seyn, dann wo kein Kläger ist, da ist kein Richter; (actio.) Der Beklagte muß hierauf vorgeladen, (citatio) und mit seiner Verantwortung gehört werden, (responsio.) Diese Verantwortung besteht a) in der Einlassung auf die Klage, *litis contestatione*, indem der Beklagte sagt, was er von der Klage zugesteht oder leugnet, b) in den Exceptionen, welche er der Klage entgegensetzt. (§. 1195. u. f. f.) Nun muß Beweis geführt werden, (probatio) und endlich muß der Richter entscheiden, (sententia.) Diese substantialia müssen bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden; das heist, wann eins mangelt: so ist der ganze Proceß null. Ausser diesen substantialibus kommen aber auch noch gewisse Feyerlichkeiten im Proceß vor, die nicht wesentlich nothwendig sind. Man nennt sie *formalia processus*; z. E. daß man den Beklagten schriftlich citirt, daß der Beklagte förmlich litem contestirt, daß Beweißartikel entworfen, ein Zeugen rotulus gemacht, über die Zeugenaussagen disputirt wird, u. s. w. sind formalia. Der Regel nach sind auch diese Formalitäten im Proceß zu beobachten; es giebt aber doch Sachen, wo sie unterbleiben dürfen, und wo man blos die substantialia observirt. Daher theilt sich der Proceß in den ordentlichen und summarischen ein. Ordentlicher Proceß ist es, wann man die formalia beobachtet; summarischer, wann man bey den substantialibus stehen bleibt, und die formalia übergehet.

§. 1241. Von der Appellation.

Wann mich ein Richter **graviret**, ein den Gesetzen und dem Factum nicht gemässes Urthel gegen mich spricht: so bin ich befugt an den höheren Richter zu gehen, bey ihm die Sache vorzustellen und zu bitten, daß er die Sentenz des Unterrichters (sententiam a qua) abändere. Diese Handlung heist *appellatio*, die Berufung. Wann ich gegen eine Sentenz die Berufung binnen zehen Tagen nicht einlege: so wird sie **rechtskräftig**, (transit in rem iudicatam), und kann nun der Regel nach nicht mehr umgestossen werden, wann sie gleich der Gerechtigkeit nicht gemäß ist.

TIT. XVIII.

De publicis iudiciis.

§. 1242. Unterschied der öffentlichen und Privatverbrechen.

Wir wissen, daß die delicta bey den Römern in publica und privata eingetheilt werden. (§. 1014.) Diese Distinction war sehr practisch. Dann 1) die Privatverbrechen klagte der an, welcher dadurch Schaden litt, hingegen bey den öffentlichen Verbrechen war der ganze Staat interessiret; 2) daher war der Regel nach jeder Bürger befugt, ein solches Verbrechen anzuklagen. Nur mußte er 3) in crimen subscribere, das heist, sich verbindlich machen, auf den Fall, daß er den Angeklagten nicht überführen würde, die Strafe zu leiden, die auf das angeklagte Verbrechen gesetzt war. 4) Wurde der Angeklagte in eine Geldstrafe condemnirt: so bekam sie nicht der Ankläger, wie bey den Privatverbrechen, sondern der fiscus.

§. 1243. Eintheilung der Strafen.

Die Strafen sind entweder *poenae capitales* oder *non capitales*. Capitalis poena heist eine Strafe, die einem das Leben, oder die Freyheit, oder das Bürgerrecht raubt; non capitalis, welche keins dieser Dinge entzieht.

§. 1244. Gattungen der Strafen.

Die gewöhnliche Capitalstrafen waren bey den Römern damnatio ad furcam oder die Kreutzigung, das Verbrennen, das Enthaupten, das Herunterstürzen vom tarpejischen Felsen, das Ertränken (culleus), die Verurtheilung zum Bergbau, das excilium und die Deportation auf eine Insel. (§. 190.) Nicht Capitalstrafen: Stockschläge, (fustium admonitio) Geisselung, (flagellatio), Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, Relegation, (§. 154.) Ehrlosigkeit, Cassation, (dignitatis privatio), Geldstrafe.

§. 1245. Verbrechen sind entweder delicta ordinaria oder extraordinaria.

Diese Distinction ist oben (§. 1015.) hinlänglich erkläret worden. Ein Verzeichniß der delictorum extraordinariorum giebt Heineccius in seinen

nen Pandecten Lib. 47. §. 128. sqq. die delicta ordinaria werden in diesem Titel abgehandelt.

§. 1246. Gesetze über die öffentliche Verbrechen.

Ueber die delicta publica ordinaria waren besondere Gesetze vorhanden. Sie sind *lex Julia de vi & majestate*, ein Gesetz von Julius Cäsar. Aber auch August hat eine *legem Juliam majestatis* gegeben. *Lex Julia de adulteriis* ein Gesetz Augusts vom Jahr 737. *Lex cornelia de Sicariis* von Cornelius Sylla in seiner Dictatur gegeben. *Lex Pompeja de parricidiis*, von Pompejus Magnus im Jahr 699. veranlaßt. Lex *Cornelia de falsis*, wieder von Cornelius Sylla. *Leges Juliae de vi publica & privata. Lex Julia de peculatu & residuis*; alle von August. *Lex Fabia de plagiariis*, dessen Alter und Autor unbekannt sind; endlich Leges Juliae *de ambitu*, *repetundis & de annona.*

§. 1247. 1248. Von dem Verbrechen der beleidigten Majestät.

Das Verbrechen der beleidigten Majestät begeht der Unterthan, welcher das Oberhaupt des Staats unmittelbar beleidigt. Die Beleidigung besteht entweder in einer feindseligen Unternehmung gegen dessen Person; man steht ihm nach dem Leben, nach dem Reiche; oder in einer Injurie. Im ersten Fall heist es *crimen perduellionis*, im zweyten *crimen laesae majestatis in specie.*

§. 1249. 1250. 1251. Strafe dieser Verbrechen.

Die Strafe der Perduellion ist 1) die Todesstrafe, und zwar soll nach der Halsgerichtsordnung Carls V. der Verbrecher gevierttheilt, und die Stücke öffentlich aufgehängt werden. 2) *Memoriae damnatio*, das heist, der Name des Delinquenten wird allenthalben, wo er geschrieben steht, ausgelöscht; seine Portraite zernichtet u. d. g. 3) Die Confiscation seines Vermögens. 4) Selbst seine Kinder sollen (gegen alle Vernunft und Billigkeit) gestraft werden. Die Söhne sollen von allen Erbschaften und Würden ausgeschlossen seyn, die Töchter sollen nur den Pflichttheil von ihrer Mutter erben können. Auf dem eigentlichen crimine laesae maiestatis steht Lebensstrafe, Deportation oder Relegation, nachdem der Grad der Injurien verschieden ist; und dieses Verbrechens wegen werden die Kinder nicht gestraft.

§. 1252. Von der lege Julia de adulteriis.

Die lex Julia de adulteriis verbietet nicht nur den Ehebruch, sondern auch unnatürliche Vermischungen, Blutschande, stuprum und lenocinium. Die Fornication, oder der Beyschlaf mit einer Hure, wurde bey den Römern nicht bestraft. Die Huren wurden öffentlich geduldet und versteuerten ihre Profession durch eine monatliche Abgabe.

§. 1253. Vom Ehebruch.

Ehebruch heist nach römischem Recht der Beyschlaf mit eines andern Ehefrau oder Braut. Also nur in dem Fall, wann ein Ehemann oder ein lediger Mensch mit eines andern Ehefrau concumbirt, nicht wann ein Ehemann eine ledige Dirne beschläft, ist nach römischen Begriffen ein Ehebruch vorhanden. Hingegen nach dem canonischen Recht heist jede Verletzung der ehelichen Treue Ehebruch. Also auch ein Ehemann begeht durch Beyschlaf mit einer ledigen Weibsperson dieses Verbrechen.

§. 1254. Oeffentliche Strafen desselben.

Die Strafe, welche lex Julia auf den Ehebruch setzte, war nicht das Schwerd, wie Justinian glaubt; sondern Relegation auf eine Insel, und Confiscation des halben Vermögens von dem Ehebrecher, und des dritten Theils von der Ehebrecherin. Auch verlohr letztere ihr Eingebrachtes zur Hälfte. Constantin aber, vielleicht schon ein Kaiser vor ihm, setzte die Todesstrafe auf den Ehebruch. Justinian schaffte diese bey den Ehebrecherinnen ab, bey den Ehebrechern ließ er sie gelten. Die Ehebrecherin soll blos mit Streichen gezüchtigt, und alsdann in ein Kloster gesteckt werden, aus dem sie der Ehemann, wann er Lust hat, binnen zwey Jahren wieder herausholen kann. Kayser Leo verordnete, sowohl dem Ehebrecher als der Ehebrecherin sollte die Nase abgeschnitten werden. Carl V. hat in der H. G. O. keine Strafe bestimmet, und die Gesetze gehen in dieser Materie sehr von einander ab. In Churfachsen und einigen andern Provinzen ist das Schwerd auf den Ehebruch gesetzt, an andern Orten wird er nur mit einer Geldstrafe belegt.

§. 1255. Von der Privatstrafe.

Der Ehemann und Vater einer Ehebrecherin sind aber auch selbst befugt, eine Strafe an ihr auszuüben. Nemlich der Ehemann ist befugt den Ehebrecher umzubringen, wann er ihn in dem Act des Delictes antrifft, und zwar entweder in seinem eignen (des Ehemanns Hause) oder anderwärts. Nur wird im letzten Fall erfordert, daß der Ehebrecher dreymal, jedesmal vor drey Zeugen gewarnet worden sey. Der Vater darf nicht nur den Ehebrecher, sondern auch seine ehebrecherische Tochter tödten, er mag sie in seinem oder seines Schwiegersohns Hause finden. Die Ursache, warum der Ehemann seine Frau nicht tödten darf, und der Vater doch die Tochter, liegt entweder in der väterlichen Gewalt, oder die Gesetze haben ihm die Erlaubniß gegeben, weil sie geglaubt haben, die väterliche Liebe würde ihn hindern, sich seines Rechtes zu bedienen.

§. 1256. Von unnatürlichen Fleischesverbrechen.

Der Fleischesverbrechen, welche nicht durch ordentlichen Beyschlaf mit einer

ner Weibsperson begangen werden, sind vielerley, und ihre Strafe ist verschieden, wie im peinlichen Recht gelehrt wird. Einige werden mit dem Feuer, andere mit dem Schwerd, andere willkührlich bestraft.

§. 1257. Von der Blutschande.

Der Incest oder die Blutschande ist ein Beyschlaf zwischen Verwandten oder verschwägerten Personen, welchen die Gesetze die Ehe verbieten. Man nennt ihn incestum *iuris divini*, wann ihn Personen begehen, denen das mosaische Gesetz die Ehe untersagt; incestum *iuris humani*, wann sie nur in den römischen canonischen oder deutschen Gesetzen verboten ist. Was die Strafe des Incests nach römischen Gesetzen gewesen sey, ist zweifelhaft. Gleichwohl bezieht sich Carl V. in der H. G. O. auf die geschriebene Kayserliche Rechte. Die ältere Juristen haben das Sächsische Recht auch ausser Sachsen applicirt, und auf den Incest der Verwandten in der geraden Linie das Schwerd, in der Seitenlinie und auf den Incest verschwägerter Personen Fustigation, Relegation oder Geldstrafe dictirt. Aber in den neuern Zeiten hat man angefangen die Strafen zu mildern.

§. 1258. Vom stupro.

Stuprum heist der Beyschlaf einer ledigen Mannsperson mit einer ledigen Dirne, die keine Hure ist, es ist entweder *voluntarium*, wann die Weibsperson einwilligt; oder *violentum*, Nothzucht, wann sie sich wehrt; oder *nec voluntarium nec violentum*, wann sie im Schlafe oder in einer Ohnmacht liegt. Auf der Nothzucht steht das Schwerd, auf den andern Gattungen des stupri eine willkührliche Strafe. Die Confiscation des halben Vermögens des stupratoris, die nach dem römischen Recht geschah, wann Jemand eine Person von Stand schwächte, fällt weg.

§. 1259. Von den Rechten der geschwächten Person.

Eine Person, welche unter dem Versprechen der Ehe geschwächt worden, kann schlechterdings auf die Ehe klagen. Wann aber kein Eheversprechen geschehen ist: so ist der stuprator nur alternativisch verbunden, entweder die geschwächte zu heyrathen, oder ihr ein Stück Geld pro defloratione & satisfactione zu geben.

§. 1260. Von dem lenocinio.

Lenocinium, Kuppeley, Hurenwirthschaft ist eine Handlung, wodurch ein Fleischesverbrechen befördert wird; es heist lenocinium *qualificatum*, wann Eltern ihren Kindern, oder ein Ehegatte dem andern zu Fleischesverbrechen Veranlassung, Antrieb, Vorschub giebt; *simplex*, wann es andere Personen begehen. Auf das erstere ist die Todesstrafe, auf das letzte eine willkührliche gesetzt; aber jene wird heutiges Tags schwerlich dictirt werden.

§. 1261. 1262. Vom Todtschlag.

Todtschlag heist ein Verbrechen, wodurch ein Mensch seines Lebens beraubt wird. Wann es Jemand an sich selbst begeht, so heist es Selbstmord, (propricidium); aber ausser dem Todtschlag in eigentlichem Verstande. Einder Umstände wegen vorzüglich strafbarer Todtschlag heist homicidium *qualificatum*, ein anderer *simplex*. Das qualificatum ist dreyerley: entweder macht a) die Verwandtschaft den Todtschlag in einem höhern Grade strafbar; dahin gehört parricidium und infanticidium, oder b) die Ursache; von dieser Art sind latrocinium und assassinium; oder c) die Art zu tödten; dieß geschieht bey dem Vergiften, (veneficio). Parricidium heist der Todtschlag eines nahen Verwandten, Schwagers oder Ehegatten. Die Strafe ist das Ertränken; und zwar will das römische Recht, daß man den Delinquenten mit Ruthen streichen, alsdann mit einem Hund, Affen, Hahn und einer Schlange in einen ledernen Sack stecken, und so auf das Meer oder einen Fluß werfen soll. Wo kein Wasser in der Nähe ist, soll er verbrannt, oder den wilden Thieren vorgeworfen werden. Heutiges Tags ertränkt man ihn entweder, doch ohne Gesellschaft jener Thiere, oder dictirt die Strafe des Schwerdts, die aber nach Bewandtniß der Umstände dadurch exasperirt wird, daß man den Delinquenten zur Richtstätte schleift und mit glühenden Zangen kneipt. Der Kindermord, infanticidium, wird ebenfalls mit dem Ertränken oder dem Schwerdt bestraft. *Latrocinium* ist ein Mord, der in der Absicht zu stehlen oder zu rauben geschieht. Die Strafe ist das Rad. *Assassinium* ist der Todtschlag, den ein dazu gedungener verübt. Wer einen zum Morde dinget, wird mit dem Schwerdt, wer sich hat dingen lassen, mit dem Rade bestraft. Auf das Vergiften steht ebenfalls Rad oder Schwerdt.

§. 1266. Von dem crimine falsi.

Falsum oder stellionatus ist eine jede vorsetzliche Veränderung der Wahrheit zum Schaden eines andern. Dahin gehört z. E. die Verfertigung eines falschen Testaments, oder eines andern falschen Documents; die Annehmung eines falschen Namens, die Ablegung eines falschen Zeugnisses, die Unterschiebung eines Kindes, der Gebrauch falsches Maasses oder Gewichts, das falsche Müntzen.

§. 1267. Strafe desselben.

Die Strafe dieses Verbrechens ist willkührlich, Geldstrafe, Gefängniß, Relegation, Fustigation, Todesstrafe. Was insonderheit a) die falsche Geldmüntzer betrifft: so sollen sie nach dem römischen Recht lebendig verbrennt werden.

Carl

Carl V. setzt auf die verschiedene Münzverbrechen verschiedene Arten von Strafen. Die Praxis aber geht von seiner Verordnung in manchen Stücken ab (*1). Auch b) wer ein Kind unterschiebt, und c) ein falsches Zeugniß ablegt, wird mit dem Tode bestraft, wann es verursacht hat, daß ein Unschuldiger um das Leben gekommen ist. d) Ein bey dem Steuerwesen angestellter Bedienter, der einem Unterthan eine falsche Steuerbefreyung giebt, soll nach römischem Recht am Leben gestraft werden. Aber heutiges Tags fällt dieß weg.

(1) *Koch* institut. iur. Crim. §. 545. 546.

§. 1268. Was ist vis publica und privata?

Vis publica heist Gewaltthätigkeit, die einem entweder a) mit Waffen, oder b) von einer öffentlichen Person, die ihr Amt mißbraucht, oder c) die einer öffentlichen Person, indem sie in ihren Amtsgeschäften begriffen ist, oder d) Jemanden an einem öffentlichen oder privilegirten Orte zugefügt wird. *Vis privata* heist jede andere Art von Gewaltthätigkeit.

§. 1269. Strafe derselben.

Das römische Recht setzt auf die vim publicam die Deportation. Wer einem mit Gewalt das Haus stürmt, oder eine Weibsperson entführt, wird am Leben gestraft. Auf die vim privatam ist die Confiscation eines dritten Theils des Vermögens und die Strafe der Ehrlosigkeit gesetzt. Heutiges Tages ist die Strafe dieses Verbrechens nach den Umständen verschieden, Fustigation, Gefängniß, Todesstrafe. Diese letzte hat z. E. statt, wann Jemand eine Weibsperson gegen ihren Willen entführt.

§. 1270. 1271. Vom peculatu.

Peculatus heist die Entwendung öffentlicher oder geistlicher Gelder, die von einem geschieht, der sie nicht zu administriren hat. Dann wann der öffentliche Gelderheber selbst etwas davon unterschlägt: so heist es crimen de residuis. (§. 1273.) Wer geistliche Gelder oder Sachen stiehlt, begeht einen Kirchenraub, wer andere Sachen des Staates stiehlt, *peculium in specie*. Die Strafe des eigentlichen peculatus ist nach dem römischen Recht Deportation, auch zuweilen der vierfache Ersatz. Heutiges Tags wird dieß Verbrechen wie ein anderer Diebstahl bestraft. Das Sacrilegium wurde nach bewandten Umständen verschieden, zuweilen auch am Leben gestraft. Heutiges Tags straft man es etwas härter als einen gemeinen Diebstahl.

§. 1272. Vom Plagio.

Plagium, Menschendiebstahl, begeht der, welcher einen freyen Menschen oder einen fremden Sclaven stiehlt, oder bey sich behält und nicht los läßt. Die Strafe war verschieden, zuweilen Lebensstrafe, zuweilen eine andere. Heutiges Tages wird nur der Menschendieb am Leben gestraft, welcher einen Menschen in die Sclaverey verkauft, andere werden mit Fustigation, Relegation, Gefängniß und Geldstrafe belegt.

§. 1273. Vom crimine repetundarum, ambitus, annonae und de residuis.

Das *crimen repetundarum* begehen sowohl die herrschaftliche Bedienten, welche sich durch Geschenke bewegen lassen, gegen ihre Pflichten zu handeln, als auch die, welche solche Geschenke machen. Die Strafe ist willkührlich, Cassation, Relegation, zuweilen Lebensstrafe. *Ambitus* ist der Gebrauch unerlaubter Mittel zu einem öffentlichen Amt zu gelangen. Die Strafe ist willkührlich. *Crimen annonae* begeht einer, der vorsetzlich eine Theurung des Getreides verursacht. Zur Strafe soll ihm sein ganzes Vermögen confiscirt werden; nach der Praxis aber wird nur das aufgeschüttete Getreide weggenommen, und eine willkührliche Strafe dictirt. Ein *crimen de residuis* wird von einem öffentlichen Gelderheber begangen, der die eingenommene Gelder unterschlägt, in seinen eignen Nutzen verwendet, und also einen propren Receß behält. Die Strafe ist in den verschiedenen deutschen Provinzen verschieden. Gemeiniglich sind in den Gesetzen Leib- und Lebensstrafen dictirt, sie werden aber selten exequirt.

§. 1274. Heutiges Tags ist der Anklageproceß selten.

Bey den Römern mußten die Verbrechen angeklagt werden, die Obrigkeit inquirirte nicht Amtshalben (ex officio) darauf. Heutiges Tages sind zwar die Anklagen nicht verboten, sie geschehen aber selten, weil sie mit Verdruß und Kosten verknüpft sind, und die poenae privatae wegfallen. Wem daran gelegen ist, daß ein Verbrechen bestraft werde, der denunciirt es nur der Obrigkeit. Diese muß die Verbrechen ex officio untersuchen und bestrafen. An einigen Orten wird der ganze Proceß vom Richter allein instruirt; an andern Orten aber stellt der Richter die Generalinquisition an, alsdann wird der Fiscal excitirt, welcher den Inquisiten anklagen muß.

Abhandlung
von den
LEGIS ACTIONIBUS
und
ACTIBUS LEGITIMIS.

§. 1.

In der Lehre von den römischen legis actionibus und actibus legitimis fand ich so viel Dunkelheit und Widerspruch bey den Rechtsgelehrten, daß ich mir vornahm, einmal mit Beyseitsetzung aller neueren Schriftsteller die Sache aus der Quelle zu studiren. Ich glaube, daß meine Mühe nicht unbelohnt geblieben ist. Freylich geben auch die Quellen keine völlige Befriedigung; de actionibus legis actibusve legitimis plura *dicuntur*, quam *sciuntur*, sagt Bynkershöck sehr wahr und gut (*1). Allein sie setzen uns doch in den Stand, über die Materie etwas richtigeres und gewisseres zu sagen, als bisher gesagt worden ist.

(1) Obs. lib. 7. cap. 13.

§. 2.

Ich will vor allen Dingen die sämtliche Stellen hersetzen, wo die Ausdrücke *lege agere*, *legis actio* und *actus legitimus* vorkommen. Zuerst also die von dem Wort *legis actio*.

(1) Pomponius *L.* 2. §. 6. *D. de orig. iur.* sagt: deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollennesque esse voluerunt, & appellatur haec pars *legis actiones*, i. e. *legitimae actiones*. (2) Modestinus *Lib.* 4. *D. de adopt.* magistratum, apud quem *legis actio est*, & emancipare filios suos, & in adoptionem dare

apud se posse, Neratii sententia est. (3) MARIANUS *Lib.* 2. §. 1. *D. de offic. Proconſ.* apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem; ULPIANUS *L.* 3. *eod.* nec adoptare potest, *omnino enim non est apud eum legis actio.* (4) ULPIAN. *L.* 1. *D. de off. iurisd.* adoptare quis apud iuridicum potest, quia data est ei *legis actio.* (5) CAIUS *instit. Lib.* 2. *tit.* 1. ap. *Schulting p. m.* 84. In iure autem cessio fit hoc modo. Apud magistratum populi Romani vel apud Praetorem, vel apud Praesidem provinciae, is cui res in iure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit, *idque legis actio vocatur.* (6) PAULLUS *sent. recept. lib.* 2. *tit.* 25. apud *Schulting p.* 317. Apud magistratus municipales, *si habeant legis actionem*, emancipari & manumitti potest. (7) Der K. Gordian in der *L.* 1. *Cod. de adopt.* hi, qui in aliena potestate sunt, iuxta ius civile non nisi apud eum, *apud quem plena legis actio est*, adoptari possunt. (8) JUSTINIAN *nov.* 81. *praef.* nam si emancipationis actio dudum quidem, *& per eas, quae nuncupantur legis actiones*, facta cum iniuriis & alapis, liberabat eos huiusmodi vinculis, oder wie Homberg besser übersetzt: nam si emancipationis actus, qui olim inter legis actiones erat &c. (9) GELLIUS *N. A. XVI.* 10. omnis illa XII. tabularum antiquitas, nisi in *legis actionibus* centumviralium causarum consopita est.

§. 3.

Die Redensart *lege agere* kommt in folgenden Stellen vor. (10) *L.* 3. *D. de offic. Praetor.* propter utilitatem eorum, qui apud eum *egerunt* vel *lege* vel quo alio iure. (11) *L.* 123. *D. de reg. iur.* nemo alieno nomine *lege agere* potest. (12) TERENT *Phorm. Act.* 5. *scen.* 7. una iniuria est; *lege* agito ergo. (13) CICERO *de orator. C.* 10. *agerent* enim tecum *lege* primum Pythagorei omnes atque Democritici. (14) ID. *ibid. I.* 36. Alter plus *lege agendo* petebat, quam quantum lex in XII. tabulis permiserat. (15) ID. *ibid. cap.* 38. cum *egisset lege* in hereditatem paternam testamento exheres filius (16) ID. *pro Muraen. cap.* 11. posset *lege* agi, nec ne, pauci quondam sciebant. (17) IDEM *pro Caecin. c.* 33. omnes. qui in eadem causa sunt, & *lege agant*, & ius suum persequantur. (18) ID. *in Verr. lib.* 1. *cap.* 45. si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod cum non exstaret, *lege ageret* in hereditatem. (19) ID. *ibid. II.* 16. quis apud

istum

iſtum Praetorem, Chelidone invita, lege agere potuit? (20) Id. *in Caecil.* 5. Quis igitur eſt, qui neget eorum arbitratu *lege agi*, quorum cauſa lex ſit conſtituta? (21) Cornel. Nep. *Timol.* 5. huic quidam Lameſtius vadimonium cum vellet imponere, quod cum illo ſe *lege agere* diceret. (22) Ovid. *Faſtor. lib.* 1. *verſ.* 47. Faſtus erit, per quem lege *licebit* agi. (23) Plaut. *mercat. act.* 5. *ſc.* 4.

Annos natus ſexaginta qui erit, ſi quem ſcibimus
Seu maritum ſeu hercle adeo coelibem ſcortarier,
Cum eo nos hic *lege agemus.*

(24) Liv. *IX.* 46. Faſtos circa forum in albo propoſuit, ut quando *lege agi* poſſet, ſciretur. (25) Idem *XXVI.* 15. Fulvius praeconi imperavit, ut lictorem *lege agere* iuberet. (26) Tacit. *Annal XII.* 60. Divus Auguſtus apud equeſtres, qui Aegypto praeſident, *lege agi* decretaque verum perinde haberi iuſſerat, ac ſi Romani magiſtratus eſſent. (27) Plin. *hiſt. nat. VII.* 5. L. Papirius Praetori ſecundo herede *lege agente* bonorum poſſeſſionem contra eum dedit. (28) Valer. Max. *lib.* 7. *cap.* 7. bonorum adoleſcentis poſſeſſionem ei dedit Praetor, heredesque *lege agere* paſſus non eſt. (29) Vopiscus *in Aurelian. cap.* 14. hoc igitur, quod Cocceius Nerva in Traiano adoptando, quod Ulpius Traianus in Hadriano, quod Hadrianus in Antonino & caeteri deinceps in propoſita ſuggeſtione fecerunt, iam in adrogando Aureliano, quem mihi vicarium iudicii tui auctoritate feciſti, cenſui eſſe referendum. Iube igitur, ut *lege agatur*, ſitque Aurelianus heres ſacrorum, nominis & bonorum, totiusque iuris. (30) Ulpian *fragment. tit. II.* §. 24. Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore *lege aut iudicio legitimo agere vult.* (31) Ulpian. *ibid.* §. 27. Tutoris auctoritas neceſſaria eſt mulieribus quidem in his rebus, *ſi lege aut legitimo iudicio agant.* (32) Festus *voc. religioſus* apud praetorem die nefaſto *lege agere.* (33) Gell. *N. A. XX.* 19. cum *lege agitur*, & vindiciae contenduntur. (34) Quintilian. *inſtit. orat. III.* 8. In omnibus fere cauſis, in quibus cecidiſſe quis formula dicitur, hae ſunt queſtiones, an huic, an cum hoc, *an hac lege*, an apud hunc, an hoc tempore liceat *agere.*

§. 4.

Der Ausdruck *actus legitimus* findet ſich nur in zwey Stellen; in dem *L.* 77. *D. de reg. iur.* und in der *L.* 21. *C. de haeret.* In jener heiſt es: (35) actus

legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. In dieser aber sagt Justinian: (36) Inter se haereticis, ubi litigandum existimaverint, concedimus foedus permixtum & dignos litigatoribus etiam testes introducere, exceptis scilicet his, quos Manichaeus furor, vel pagana superstitio detinet, quibus pro reatus similitudine omnis *legitimus actus* interdictus est.

§. 5.

Nun die Resultate aus diesen Stellen. Man siehet daraus, (1) daß die Alten fast immer lege agere, legis actio, nicht agere lege, actio legis sagen; (2) daß lege agere überhaupt so viel heist, als nach den Gesetzen verfahren. So sagte man von dem Lictor, wann er eine Execution verrichtete, lege agit: Liv. l. c. (n. 25.) In gleicher Bedeutung kommt es bey Valer. Max. *lib.* 3. *cap.* 8. *ex.* 1. Seneca *controvers. IX.* 2. *(III.* 25 *) pag.* 118. *edit. Commelin. in fol.* und *lib. X. declam.* 3. *pag.* 180. vor. Bey Plautus (n. 23.) heist lege agemus, wir wollen ihn nach den Gesetzen bestrafen. Es bedeutet aber (3) insonderheit ein Geschäft, eine Handlung ausser dem Proceß, z. E. eine Arrogation nach den Gesetzen vornehmen. Siehe die Stelle n. 29. Auch bey Tacitus (n. 26.) geht lege agere auf solche Handlungen (* 1). Meistens heist lege agere, vor Gericht handeln; als Kläger oder Beklagter Proceß führen. S. die Stellen n. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 27. 28. 32. 33. In der Stelle des Valerius Maximus n. 28. wollen zwar einige das lege agere durch *hereditatem adire* erklären, allein ohne allen Grund. Ob in den Stellen 10. 11. 30. 31. lege agere Proceß führen, oder eine feyerliche Handlung vornehmen, anzeige, ist zweifelhaft (* 2). (5) Legis actio ist eine Klageformel, Pomponius (n. 1.) und Gellius (n. 9.) (* 3) (6) Man versteht aber auch Geschäfte, Handlungen ausser dem Proceß darunter. Die cessio in iure wird, z. E. (n. 5.) legis actio genannt. Die Manumission, Adoption und Emancipation heisen ohne Zweifel auch legis actiones. Dieß läßt sich aus den Stellen n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. und 29. schliessen. Es werden zwar diese drey Handlungen nirgends ausdrücklich legis actiones genennt. Allein da doch a) Cajus die cessionem in iure eine legis actionem nennt; b) diese Handlungen vor einem magistratu geschehen mußten, qui legis actionem habebat; da es c) in der Stelle n. 29. heist, iube, *ut lege agatur*, und darunter die Arrogation verstanden wird; endlich d) auch die Benennung legis

actio

actio ganz gut auf diese Handlung passet: so glaube ich, daß sie allerdings auch legis actiones geheisen haben, und daß man mit Ritter und Bach dieses Wort nicht auf die Proceßformeln einschränken, oder behaupten kann, die actus voluntariae iurisdictionis würden nur unrigentlich legis actiones genennt (*4).

(7) Die Redensart magistratus, apud quem est legis actio, oder plena legis actio, oder qui habet legis actionem, heist: dieser magistratus hat die iurisdictionem voluntariam, er kann Handlungen vor sich geschehen lassen, welche die obrigkeitliche Bestätigung erfordern. S. n. 2. 3. 4. 6. 7. 8. In allen diesen Stellen ist von actibus voluntariae iurisdictionis die Rede (*5).

(8) Gewisse Handlungen, die mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, werden in der *L.* 77. *D. de reg. iur.* (S. n. 35.) actus legitimi genennt. Was heist das?

(1) *Brisson select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 20. *p.* 158. *edit. Trekell.*

(2) *Brisson l. c. ibique* Trekell, Schulting. *iurispr. anteiust. pag.* 602. *n.* 71. Io. Cannegieter *ad Ulpian. fragm. pag.* 62.

(3) Ohne Grund behaupten einige z. E. Scip. Gentilis *de iurisdict. lib.* 1. *cap.* 34. *p.* 144. *sqq.* das Wort legis actio habe, wenigstens in den neuern Zeiten, allein actus voluntariae iurisdictionis angedeutet. Die Stelle bey Gellius zeigt das Gegentheil. Da lege agere meistens Proceßführen bedeutet, so ist auch ganz natürlich, daß legis actio eine Proceßformel geheissen hat.

(4) Frid. Guil. Pestel *progr. de natura legis actionum,* (*Rintel.* 1748.) §. 2. *pag.* 5. *sqq.* Breuning *diss. dubia circa varias legis actionum, actuumque legitimorum interpellationes* §. 9.

(5) Ritter *ad* Heinecc. *hist. iur.* §. 46. glaubt, die Redensart: magistratus legis actionem habet, wolle nichts anders sagen, als iurisdictionem habet. Dieß ist unrichtig. Die aediles curules hatten Jurisdiction, aber nicht legis actionem; dann man findet nicht, daß Manumissionen, Adoptionen oder Emancipationen vor ihnen geschehen wären. Auch heist es in der *L.* 3. *D. de offic. proconf.* von dem legato Proconsulis: omnino non est apud eum legis actio, und Jurisdiction hatte er doch.

§. 6.

Nach der gemeinen Lehre bedeutet actus legitimus ein feyerliches Geschäft, negotium sollenni formula & ritu expediendum, und es ist ein

grosser Streit entstanden, ob nur die fünf genannte Handlungen actus legitimi gewesen seyen (* 1), oder ob die Römer mehrere dergleichen gehabt, und wie sie geheisen haben; was der wahre Character eines actus legitimi sey; ob actus legitimi und legis actiones einerley oder verschieden gewesen; in welchem Falle ein sollennes Geschäft actus legitimus und in welchem Falle es legis actio geheisen habe ꝛc. (* 2).

(1) Einige Vertheidiger dieser Meynung sagen sehr sinnreich, man könne die 5 actus legitimos an dem Wort MATHS behalten.

(2) HOTOMANN *quaest. illustr.* 34. *p. m.* 267. *sqq. & in amicabil. respons lib.* 1. *cap.* 30. *p.* 189. *sqq.* CUIAC. *obs. lib.* 15. *cap.* 16 *p.* 515. *edit. Heinecc. & in Papiniano quaest. lib.* 28. *ad L.* 77. *de R. J. in opp. postum. Tom.* 1. *p.* 746. *edit. Colombeti* P. FABER *Semestr. lib.* 2. *cap.* 22. 23. 24. *p.* 375. *sqq.* ANT. FABER *in iurisprud. Papinianea p.* 275. SCIP. GENTIL. *l. c.* LYCLAMA *studiosor. cap.* 5, *p.* 242. MARAN. *ad L.* 77. *de R. J. in opp. p* 620. *sqq.* HUBER *digress. lib.* 2. *cap.* 12. *p.* 122. SCHUBART *de fat. iurisprud. rom. Ex.* 2. §. 67. *p* 334. *sqq.* VAN DER MUELEN *ad Pompon. de O. I. p m.* 375. *sqq.* GRAVINAE *orig. iur. civ. p.* 30. *&* 267. *ibique* MASCOV SBHULTING *iurispr. Anteiust. pag.* 85. *n* 75. CHRIST GODOFR HOFFMANN *diss. de indole iurisdictionis voluntariae* §. 10. *& in histor. iur. Vol.* 1. *pag.* 215. HEINECC. *histor. iur. lib.* 1. §. 44. *sqq. ibique* RITTER BACH *histor. iur. p.* 221. *sqq.* PESTEL *progr cit.* (§. 5.) *p.* 7. *sqq* BREUNING *diss. cit. p. tot.* In IOH. GODOFE. BAUER progr. de actibus legitimis Lipſ. 1748. von dem ich mir viel versprach, fand ich nichts als Trivialitäten.

§. 7.

Mir scheint es noch gar nicht erwiesen zu seyn, daß actus legitimus eine feyerliche Handlung bedeutet habe. Papinian versteht, wie mir dünkt, in der L. 77. weiter nichts unter diesem Ausdruck, als rechtliche, gesetzliche, juristische Handlungen; actus, a quacumque parte iuris sint introducti, wie es die Glosse, actus per legem inventos, wie es ZASIUS *ad L.* 56. §. 8. *de V. O. opp. Tom.* 3. *p.* 598. oder actus lege introductos, wie es CONTIUS *ad L.* 77. erklärt. Er will also sagen: gesetzliche Handlungen, welche keine Zeit oder Bedingung leiden, dergleichen die mancipatio &c. ist, sind ganz ungültig, sobald man ihnen eine Zeit oder Bedingung beyfügt. Daß er unter actibus legitimis feyerliche Handlungen verstehe, oder gar nur die fünf genannte für feyerliche Geschäfte erklären, läßt sich aus seinen Worten gar nicht schliessen. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus folgenden Argumenten:

(1) Es

(1) Es ist weder zu glauben noch erwiesen, daß die oprio servi legati mit Sollennitäten geschehen sey. Man pervocirt zwar auf *L.* 20. *D. de opt. vel elect. legat.* und SENECA *controvers. lib.* 3. (8) *controv.* 23. *p.* 111. *edit. Commelin.* Allein beyde Stellen erweisen nicht das mindeste (* 1). Es würde auch zuverläßig keinem Juristen eingefallen seyn, zu behaupten, daß die optio rei legatae, oder wenigstens servi legati eine sollenne Handlung gewesen sey, wann sie nicht die falsche Idee von actibus legitimis im Kopfe gehabt hätten.

(2) Nicht jede Erbschaftsantretung geschah mit Feyerlichkeiten (* 2). Nur die actio hereditatis war eine sollenne Handlung; gleichwohl nennt doch Papinian die aditionem hereditatis überhaupt einen actum legitimum. Auch daß (3) die Acceptilation mit Feyerlichkeiten geschehen sey, ist ohne Beweis angenommen. *L.* 8. *§. fin. D. de acceptatil.* sagt vielmehr, sie sey *iuris gentium.*

(4) Die Zeugnißablegung vor Gericht war doch gewiß kein feyerliches Geschäft, sollenni formula & ritu expediendum negotium, und dennoch heißt sie in der *L.* 21. *C. de haeret.* ein actus legitimus. Ja sagt Cujacius, dort wird das Wort abusiv genommen. Aber das ist ja eine offenbare petitio principii, dieß gründet sich auf die irrige Voraussetzung, daß actus legitimus im eigentlichen Verstande einen actum sollennem anzeige.

(5) Wann der Ausdruck actus legitimus ein technisches Wort wäre, das nur von sollennen Handlungen gebraucht würde, so würde man es doch noch irgendwo in dieser Bedeutung finden. Und wo bedeutet überhaupt das Wort legitimus etwas feyerliches? Durchaus heist es weiter nichts, als gesetzlich, den Gesetzen gemäß. So sagt Pomponius, (n. 1.) legis actiones seyen so viel als legitimae actiones, gesetzliche Klageformeln. Conventiones legitimae in der *L.* 6. *D. de pact.* sind gesetzlich bestätigte Verträge, conventiones, quae lege aliqua confirmantur, wie es Paulus dort selbst erklärt.

(1) In der *L.* 20. *D. de opt. vel elect. legat.* heist es: apud Aufidium lib. 1. rescriptum est, cum ita legatum est, vestimenta, quae volet triclinaria sumito, sibique habeto; si is dixisset, quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne ius legati prima *testatione*, qua sumere se dixisset, consumsit. Nun sagt man, das Wort testatio gebe zu erkennen, daß die Wahl sollenni formula & ritu geschehen sey. Aber wie ist es möglich, dieß zu beweisen? Seneca sagt: optio est enim, quae legitime fit, illa non est facta legitime; si Praetor defuisset, num quid optionem vocares? Er redet aber von der Wahl,

Wahl, die einer entführten Weibsperson zustand, ob sie den Entführer heurathen, oder mit der Lebensstrafe belegen lassen wollte: daß diese Wahl vor dem Prätor geschehen mußte, war sehr natürlich; aber wer wird davon auf die optionem *rei legatae* schliessen?

(2) §. 7. *I. de hered. qualit. & diff.* CUIACIUS *lib.* 7. *obs. cap.* 19. will zwar behaupten, daß auch die simple aditio hereditatis mit einer gewissen Formel geschehen sey; allein *L.* 51. §. *ult. D. de A. vel O. H.* den er deßfalls anführt, sagt das gar nicht.

§. 8.

Einen zweyten Irrthum in dieser Lehre haben die Ausleger begangen, indem sie die zwey Regeln aufgestellt haben: 1) actus legitimi, h. e. sollennes non recipiunt diem aut conditionem, 2) non admittunt procuratorem.

Ich halte nemlich die erste dieser Regeln: actus sollennis non admittit diem aut conditionem, nicht für allgemein wahr. Womit will man sie beweisen? Aus der *L.* 77. *cit.* Allein dort ist von gesetzlichen, nicht gerade von feyerlichen Handlungen die Rede, wie ich vorhin zeigte. Und ausser dem sagt ja Papinian nicht: actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem; sondern actus legitimi, *qui* non recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem; d. i. diejenige actus legitimi, welche keine Zeit oder Bedingung vertragen, sind ungültig, wann man ihnen dergleichen beyfügt. Dieß hat auch schon IAC. GOTHOFREDUS *ad L.* 77. *de R. I.* bemerkt. Daß übrigens die fünf in diesem Gesetz benannte Handlungen die Beyfügung einer Zeit oder Bedingung nicht vertrugen, liegt nicht in der Feyerlichkeit, womit sie begleitet waren; dann es ist, wie gesagt, von einigen derselben ganz unerweislich, daß sie mit Feyerlichkeiten geschehen sind. Die Idee des feyerlichen schließt den Begriff von Zeit und Bedingung nicht aus; es widerspricht sich nicht, ein Geschäft mit Feyerlichkeiten und doch mit Beyfügung einer gewissen Zeit oder unter einer Bedingung zu schliessen. Der Grund, warum die fünf in der *L.* 77. angeführte Handlungen Zeit und Bedingung nicht litten, liegt vielmehr in ihrer besondern individuellen Natur, wie Gothofred am a. O. bey einer jeden zeigt (* 1). So kann man heutiges Tags keine Ehe unter einer Bedingung oder von einer gewissen Zeit an eingehen, und ohne Zweifel gieng es auch bey den Römern nicht an. Der Grund liegt aber nicht darin, daß die Ehe ein feyerliches Geschäft ist, sondern in der eigenen Natur der Ehe. Was eine Ehe seyn soll, muß jetzt gleich gelten, jetzt gleich

vorhanden seyn. Solang das Geschäft noch suspendirt ist durch Zeit oder Bedingung, so ist es ein Eheverlöbniß, keine Ehe (* 2).

Eine Folge dieser Sätze ist, daß ob wir gleich in Deutschland keine römische Formeln haben, doch den in der *L.* 77. specificirten Handlungen, in so weit sie bey uns noch vorkommen, keine Zeit oder Bedingung angehängt werden kann.

(1) S. auch den Commentar §. 200.

(2) Gonzalez Tellez *ad decretal libr. 4. tit. 5. cap. 3.*

§. 9.

Die zweyte Regel: actus sollennis non admittit procuratorem hat, wann man sie von allen in der *L.* 77. genannten, oder gar von allen feyerlichen Handlungen versteht, ebenfalls keinen Grund. Von der aditione hereditatis ist es wahr, daß sie durch keinen Procurator geschehen kann. Allein das kommt nicht daher, weil sie eine sollenne Handlung war, das war sie nicht immer, sondern es hat seine Raison in der Natur der Erbantretung. S. den Commentar §. 544. Die tutoris datio mußte ebenfalls von dem magistratu in eigner Person geschehen, dann das Recht Vormünder zu geben, war eines von denen, *quae speciali lege competunt*, und diese konnte der magistratus keinem Substituten überlassen, *mandare non poterat. L. 1. pr. D. de off. eius, cui mandata est iurisd.* Ferner auctoritas tutoris mußte in eigener Person vom Vormunde und mündlich interponirt werden, nicht durch Briefe oder einen Boten. Die Ursache habe ich im Commentar §. 207. angegeben, und es ist auch hier nicht nöthig, seine Zuflucht zu der Lehre von Feyerlichkeiten zu nehmen. Im Gegentheil konnte die optio rei legatae, welche nach der gemeinen Lehre ein feyerliches Geschäft gewesen seyn soll, durch einen andern als den Legatar, und daher auch ohne Zweifel durch einen Mandatar geschehen. *L. pen. D. de opt. legat. L.* 12. §. 8. *D. quando dies legat.* Ja, sagen die Gegner, electio rei legatae kann durch einen Bevollmächtigten geschehen, nicht *optio.* Allein der Unterschied zwischen electio und optio ist erträumt; wie Gebauer *diss. de opt. vel elect. legat. cap.* 3. §. 1. zeigt. Daß auch die mancipatio und acceptilatio durch einen Bevollmächtigten haben geschehen können, ist mir gar nicht zweifelhaft. Woher will man das Gegentheil darthun? Wahr ist, daß die Adoption, Emancipation und die sollenne Manumission per vindictam durch keinen Procurator vorgenommen werden konnten. *L.* 25. §. 1. *D. de adopt.*

L. ult. C. de emancipat. L. 3. C. de vind. liber. Allein ditß waren Handlungen, welche vor der Obrigkeit geschehen mußten. Von diesen läßt sich auf die in der *L.* 77. angeführten Handlungen, welche privatim geschehen konnten, kein Schluß machen. Am Ende einer Abhandlung, welche den angenommenen Meynungen so gerade zu widerspricht, dürfte die Bitte nicht unrecht angebracht seyn, die ein gewisser Professor in Helmstädt, Martini, oft an seine Zuhörer that: doctissimi Domini auditores, etiamsi quis demulceat barbam ad aliquot ulnas, nolite tamen ei cedere propter auctoritatem, sed *quid quis dicat*, non *quis quid dicat*, attendite (* 1).

(1) Oldekop *tract. de appellat. in causs. criminal. num.* 30.

Erstes Register

Titel der Justitutionen nach alphabetischer Ordnung

A.

De actionibus. Lib. IV. Tit. 6.
(Actionibus ex dominio oriundis 261. Seite.)
(Actionibus occasione servitutum competentibus 293. Seite.)
Ademtione legatorum II. 21.
Adoptionibus I. 11.
Adquisitione per arrogationem IIII 1.
Assignatione libertorum III. 9.
Attiliano tutore, & eo qui ex lege Julia & Titia datur I. 20.
Auctoritate tutorum & curatorum I. 21.

B.

Bonorum possessionibus III. 10.

C.

Capitis deminutione I. 16.
Codicillis II. 25.
Curatoribus I. 23.

D.

Divisione stipulationum III. 19.
Donationibus II. 7.
(Dote & pactis dotalibus 126. Seite)
Duobus reis stipulandi & promittendi III. 17.

E.

Emtione & venditione III. 24.
Eo, cui libertatis causa bona addicuntur III. 12.
Exceptionibus IV. 13.
Excusationibus tutorum & curatorum I. 25.
Exheredatione liberorum II. 13.

F.

Fideicommissariis hereditatibus & ad SCtum Trebellianum II. 23.
Fideiussoribus III. 21.
Fiduciaria tutela I. 19.

G.

Gradibus cognationum III. 6.

H.

Heredibus instituendis II. 14.
(Hereditatis petitione & divisione 534. Seite.)
Hereditatibus, quae ab intestato deferuntur III. 1.
Heredum qualitate & differentia II. 19.
His, qui sui vel alieni iuris sunt I. 8.

I.

Ingenuis I. 4.
Iniuriis IV. 4.
Inofficioso testamento II. 18.
Interdictis IV. 15.
Inutilibus stipulationibus III. 20.
Iis, per quos agere possumus IV. 10.
Iure naturali, gentium & civili I. 2.
Iure personarum I. 3.
(Iure pignoris 540. Seite.)
Iustitia & iure I. 1.

L.

Legatis Lib. II. Tit. 20.
Lege Aquilia IV. 3.
Lege Falcidia II. 22
Lege Fusia Caninia tollenda I. 7.
Legitima agnatorum successione III. 2.
Legitima agnatorum tutela I. 15.
Legitima parentum tutela I. 18.
Legitima patronorum tutela I. 17.
(Legitimatione 130. Seite.)
Libertinis I. 5.
Literarum obligationibus III. 22.
Locatione & conductione III. 25.

M.

Mandato III. 27.
Militari testamento II. 11.

N.

(Nonnullis, quae pluribus contractibus communia sunt 706. Seite.)
Noxalibus actionibus IV. 8.
Nuptiis I. 10.

O.

Obligationibus III. 14,
Obligationibus ex consensu III. 23.
Obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur III. 28.
Obligationibus, quae ex delicto nascuntur IV. 1.
Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur IV. 5.
Officio iudicis. IV. 17.

P.

Patria potestate I. 9.
Perpetuis & temporalibus actionibus IV. 12.
Per quas personas cuique adquiritur II. 9.
Per quas personas nobis obligatio adquiritur Lib. III. Tit. 29.
Poena temere litigantium IV. 16.
Publicis iudiciis IV. 18.
Pupillari substitutione II. 16.

Q.

Quibus alienare licet vel non II. 8.
Quibus ex causis mannmittere non licet I. 6.
Quibus modis ius patriae potestatis solvitur I. 12.
Quibus modis re contrahitur obligatio III. 15.
Quibus modis testamenta infirmentur II. 17.
Quibus modis tollitur obligatio III. 30.
Quibus modis tutela finitur I. 22.
Quibus non est permissum facere testamentum II. 12.
Qui testamento tutores dari possunt I. 14.
Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur IV. 7.

R.

Rebus corporalibus & incorporalibus II. 2.
Replicationibus IV. 14.
Rerum divisione & adquirendo ipsarum dominio II. 1.

S.

Satisdatione tutorum & curatorum I. 24.
Satisdationibus IV. 12.
Senatusconsulto Orphitiano III. 4.
Senatusconsulto Tertulliano III. 3.

S.

Servili cognatione Lib. III. Tit. 7.
Serrvitutibus praediorum II. 3.
Singulis rebus per fideicommissum relictis II. 24.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur IV. 9.
Societate III. 26.
(Statu civitatis 84. Seite.)
Stipulatione servorum III. 18.
Successione cognatorum III. 5.
Successione libertorum III. 8.
(Successione ab intestato sec. Novell. CXVIII. 511. Seite.)
Successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditiones, & ex SCto Claudiano III. 13.
Suspectis tutoribus vel curatoribus Lib. I. Tit. 26.

T.

Testamentis ordinandis II. 10.
Testamento militari II. 11.
Tutelis I. 13.

V.

Verborum obligationibus III. 16.
Vi bonorum raptorum IV. 2.
Vsucapionibus & longi temporis praescriptionibus II. 6.
Vsu & habitatione II. 5.
Vsufructu II. 4.
Vulgari substitutione II. 15.

Zweytes Register über die Materien.

Die erste Ziffer ist die Zahl der Paragraphen, die zweyte bedeutet Seitenzahl.

A.

Abfindung der Kinder. §. 164. S. 149.
Abforderungsrecht. §. 70. S. 75.
Abolitio. §. 48. S. 50. u. f.
Abrechnung. f. Compensation.
Absens reip. causa. §. 242. S. 192.
Absens, wer es sey bey der Verjährung? §. 400. S. 305.
. . von der Restitution der Abwesenheit wegen §. 1010. S. 743.
Abstinere, abstinendi beneficium §. 539. S. 429.
Abtrünnige vom christlichen Glauben, können nicht testiren. §. 470. S. 366.
. . auch nicht zum Erben ernennt werden. §. 486. S. 382.
Abuti, was es heise? §. 370. S. 281.
Academien, von ihrem Erbrecht. § 703. S. 533.
Acceptilation. §. 996. S. 732.
Accessio, was sie ist und wie vielerley? §. 308. S. 236.
. . Gattungen der natürlichen Accession. §. 309. S. 237.
. . Gattungen der künstlichen. §. 314. S. 241.
. . Grundsätze derselben. §. 315. 316. S. 241. u. f.
Accessorium und *principale*. §. 308. S. 236. u. f.
Accidentalia pacti. §. 732. S. 556.
Accrescendi ius, S. *ius accrescendi*.
Accusatio tutoris suspecti. §. 251. S. 197.
. . Zweck derselben. §. 254. u. f. S. 199.
. . Beendigung. §. 256. S. 200.
. . kommt heutigestags selten vor. §. 257. S. 200.
Accusationes criminales, wie lang sie dauern. §. 1191. S. 815.
Acht, Reichsacht, was sie ist? §. 192. S. 165.
Actio *adiectitiae qualitatis.*
. . *de albo corrupto* §. 1115. S. 783.
. . *arbitraria* §. 1133. S. 793.
. . *bonae fidei* §. 1129. u. f. S. 789. u. f.
. . *civilis* §. 1091. S. 773.
. . *commodati, directa* und *contraria* §. 776. S. 601
. . *communi dividundo* §. 949. S. 700.
. . conducti §. 894. S. 670.
Actio confessoria & negatoria directa. §. 388. S 293.
. . utilis §. 389. S 294.
. . wann sie verjährt werden? §. 1185. S. 813.
. . *depositi*, directa und contraria, §. 787. S. 606 u. f.
. . *directa & contraria* §. 750. S. 76.
. . *directa & utilis*. §. 55. S. 56.
. . *doli*, §. 1007. S. 740. §. 1101. S. 779.
. . emphyteuticaria. §. 903. S. 676.
. . *emti*. §. 877. u. f. S. 659, u. f.
. . *exercitoria*. §. 1147. S. 798.
. . *ad exhibendum* §. 1100. S. 779.
. . *expletoria* §. 473 S. 371.
. . *in factum*, was sie ist. §. 1090. S. 773.

Actio in factum de calumniatoribus §. 1116. S 784.
. . *in factum contra eum, qui ius iniquum statuerat aut impetraverat.* §. 1115. S 783.
. . *in factum contra eum. qui ius dicenti non obtemperaverat.* Ebendas.
. . *in factum contra eum, qui in ius vocatum vi exemit.* § 1115. Ebendas. S. 784.
. . *in factum contra eum per quem factum est, quo minus quis in iudicio steterit* Ebendas. S. 784.
. . *in factum de edendo.* §. 1100. S. 779.
. . *in factum contra mensorem.* 1116. S. 785
. . *in factum de recepto.* 1084 S. 770.
. . *familiae herciscundae.* §. 708. S. 537.
. . *Faviana & Calvisiana.* §. 1134. S. 793.
. . *funeraria.* §. 1112. S. 782
. . *de ingenuitate affirmativa & negativa.* §. 84 S. 81.
. . *iniuriarum* §. 1067. S. 762.
. . *in rem scripta* § 1097 S. 777.
. . *institoria.* §. 1148. S 799.
. . *quod iussu* §. 1145. S. 798.
. . *legis.* § 56 S. 56.
. . *ex lege Aquilia.* §. 1059. S. 760.
. . *locati* §. 893 S. 670.
. . *mandati directa* §. 930. S. 691.
. . und *contraria* §. 931. S. 191
. . *quod metus causa.* §. 1006. S. 737.
. . *mixta ex reali & personali.* §. 1092 S 774.
. . *mixta ex rei persecutoria & poenali* §. 1016. S. 745.
. . *mutui* §. 769. S 597.
. . *negatoria.* §. 388. u. f. S. 293. u. f.
. . *negotiorum gestorum* §. 940. u. f. S. 698.
. . *noxalis* §. 1163. u. f. S. 803.
Actio de partu agnoscendo. §. 106. S. 97.
. . *de pastu.* 1170. S. 806.
. . *Paulliana* 1102. S. 779.
. . *de pauperie* 1168. u. f. S. 804.
. . *de peculio.* 1153. S. 800.
. . *perpetua.* §. 1183. S. 811.
. . *personalis.* § 1092. S. 774.
. . . . *ex testamento* 585. S. 464.
. . *pignoratitia.* §. 787. u. f. S. 610. u. f.
. . *poenalis.* 3. 1016. S. 745.
. . . ob in Deutschland diese Klagen statt finden? §. 1127. S. 788.
. . *popularis.* § 1119. S. 786.
. . *praeiudiciales* §. 1092. S. 774.
. . *praeiudicialis de statu libertatis* negativa. 84. S. ebendas. affirmativæ. 81.
. . *praeiudicialis de statu coniugali affirmativa & negativa.* 106. S. 96.
. . *praeiudicialis de paternitate.* 106. S. 96.
. . *praeiudicialis de filiatione.* 106. S. 96
. . *praeiudicialis de patria potestate.* 106. S. 97.
. . *praescriptis verbis.* §. 1090. S. 772.
. . *Praetoria,* §. 1091. S. 773.
. . *Publiciana.* 344. S. 261. 345. 263.
. . *quasi institoria* 932. S. 692.
. . *de rationibus distrahendis.* 220. S. 178.
. . *realis.* §. 1092. S. 774.
. . *redhibitoria* und *quanti minoris.* 734 S. 559.
. . *rei persecutoria.* §. 1016. S. 745.
. . *rei uxoriae & ex stipulatu de dote.* 1131. S. 791.
. . *rerum amatarum.* §. 1021. S. 747
. . *rescissoria.* 344. S. 261. und §. 407. S. 311.

Actio sequestraria. §. 790. S. 607.
. . *serviana* und *quasi serviana* 722. 723. S. 548. 549.
. . *de servo corrupto.* 1116. S. 785.
. . *pro socio.* § 916. S. 685.
. . *ex stipulatu.* 809. S. 616.
. . *ex stipulatu de dote.* 134. S. 129.
. . *stricti iuris.* §. 1128. u. f. S. 788. u. f.
. . *subsidiaria adversus magistratus.* 236. 237. S. 188. u. f.
. . *ex syndicatu.* 1077. S. 767.
. . *temporalis.* §. 1183. S. 811.
. . *tributoria.* 1150. 1152. S. 799.
. . *tutelae.* 220. S. 178. §. 944. und f. S. 178. u. f.
. . *venditi.* 880. S. 661.
. . *de in rem verso directa.* 1155. S. 800.
. . *utilis.* 1156. S. 800.
. . *vi bonorum raptorum.* §. 1041. S. 753.
. . *vindictam spirans.* §. 1016. S. 745.
. . *utilis.* §. 1090. S. 773.
. . S. auch Klage.
Actionum praescriptio S. Klagen.
Actus, eine Servitut. §. 364. S. 276.
. . *legitimi.* §. 56. S. 56. 57.
. . *meae facultatis.* 395. S. 300.
Addictio bonorum libertatum servandarum causa, 672. u. f. S. 510.
Ademtio legati. 586. u. f. S. 465.
Adferruminatio. 317. S. 242.
. . modus adquirendi. 318. S. 243.
Adfinität, s. Schwägerschaft.
Adgratiatio. 48. S. 50. u. f.
Aditio hereditatis, s. Antretung der Erbschaft.
Adiunctio, modus adquirendi. 317. S. 242.
Administratio hereditatis & rei singularis, ein Quasicontract. 947. S. 700.
. . Klagen, die daraus entstehen. 948. u. f. S. 700. u. f.
Adnotationes. § 44. S. 48.
Adoption, was sie ist? 144. S. 136.
. . Grundsätze bey derselben, ebendaselbst.
. . sie ist entweder Arrogation oder Adoption in engerer Bedeutung. 145. S. 136 u. f.
. . von der Arrogation der Unmündigen, ebendas.
. . sie ahmt die Natur nach. 146. S. 137.
. . ist zum Behelf erfunden. 147. S. 138.
. . von ihren Wirkungen. 148. S. 138. u. f.
. . sie ist entweder eine vollkommene, oder unvollkommene. 149. S. 139.
. . heutiger Gebrauch derselben. 150. S. 139.
. . ist eine capitis deminutio. 191. S. 164.
Adplumbatura. 317. S. 242.
Adprehensio possessionis. §. 281. S. 213.
Adquirendi modus, s. *modus adquirendi.*
Adrogatio, s. *arrogatio.*
Adscriptitii. 69. S. 74.
Adsignatio libertorum. s. *assignatio.*
Adulterini, s. Kinder, uneheliche.
Advocat, was er ist? 1176. S. 808.
Aediles curules. 52. S. 53.
Aedilitia edicta, 53. S. 54.
Aedilitiae stipulationes, s. *stipulationes aedilitiae.*
Aerzte, sind frey von der Tutel §. 243. S. 193.
Aftererbeinsetzung, s. substitutio.
Ager arcifinius, *limitatus.* 311. S. 139.
Agnati, was sie sind? 115. S. 111.
. . wie sie von den Gentilen unterschieden? 115. S. 112.
. . kamen nach altem Recht allein zur Tutel. §. 183. S. 162.

Agnati, erbten mit Ausschliessung der Cognaten. §. 635. S. 2.
. . agnationis iura sunt civilia. 115. S. 112.
Alarich, läßt einen Auszug aus dem Theodosianischen Codex machen. 5. S. 8.
Albinagii ius, 91. S. 85.
Alluvion 311. S. 239. 313. 240.
Alter, 70jähriges befreyt von der Tutel. 244. S. 191.
Aluei mutatio. 312. S. 240.
Ambitus. 1273. S. 848.
Anatocismus 967. S. 711.
Anklageproceß, ist heutigestags selten. 1274. S. 848.
Antestatus. 438. S. 373.
Annonae crimen. 1273. S. 848.
Antichresis. 595. S. 610.
Antretung der Erbschaft, ein Quasicontract. 951. S. 701.
. . Klagen daraus. 952. S. 701.
Anweisung, was sie ist? 928. S. 690.
Apocha, was sie ist. 850. S. 637.
. . Rechte derselben. 856. S. 641.
Apostaten, s. Abtrünnige.
Appellation, was sie ist. 1241. S. 841.
Apprehension bey der Occupation. 297. S. 228.
Aquaeductus & aquaehaustus servitus. §. 366. S. 278.
Argentarii. 852. S. 639.
Armen, von deren Erbeinsetzung. 485. S. 381.
Armuth, befreyt von der Tutel. 244. S. 194.
Arrha, was sie ist; wie vielerley; und von ihren Wirkungen. 744. S. 571.
Arrogation, von der Erwerbung durch Arrogation. 667. S. 509.
. . ist eine Capitisdeminution. 191. S. 164.
. . s. auch Adoption.
As. 489. S. 386.
Ascendenten, §. 116. S. 113.
Assertor, 84. S. 81.
Assignation, was sie ist? 928. S. 690.
Assignatio libertorum. §. 653. S. 501.
Attextura 317. S. 242.
. . modus adquirendi 318. S. 243.
Auctoritas tutoris, was sie ist? 206. S. 172.
. . wie sie interponirt werden muß. 207. S. 173.
. . in welchen Fällen sie nöthig ist. 208. 209. S. 173.
. . deren heutiger Gebrauch. 213. S. 175.
Authentica si qua mulier. 838. S. 627.
Authenticae, was sie sind? 13. S. 20.
. . ob sie in Deutschland gelten? 15. S. 25.
Avulsio, §. 309. S. 237. 311. 239.

B.

Bannrechte, 531. S. 267.
Bauen, ist ein modus adquirendi. 319. S. 243. u. f.
Baum, auf der Gränze, wem er gehört? 327. u. f. S. 248. u. f.
Bediente, s. Knechte.
Bedingung, was sie ist, und wie vielerley? 492. S. 391. u. f.
. . Regeln von bedingten Erbeinsetzungen, 593. S. 394. und Vermächtnissen. 574. S. 456.
Bedemund. 70. S. 75.
Befugniß, was sie ist, 21. S. 31.
Beklagter. 1229. S. 833.
Begnadigungen. 48. S. 50.
Beneficia legis, 48. S. 50.
Beneficium abstinendi 539. S. 429.
Beneficium cedendarum actionum. 845. S. 633.
. . *competentiae*, wem es zukomme. 1137. u. f. S. 795.

Beneficium deliberandi. §. 548. S 437.
. . *divisionis*, oder *ex epistola D. Hadriani*, 842. S. 570.
. . *legis & inventarii* 519 S. 438.
. . *ordinis s. successionis* 844. S. 632.
Bes. 499 S. 486.
Besatzungsrecht 70. S. 75.
Besitz, was er ist, 281. S. 212.
. . wahrer und Quasibesitz. Ebendas.
. . wie wird der Besitz erlangt, erhalten und verlohren? Ebendas. u. f.
. . ist entweder natürlicher oder Civilbesitz. 282. S. 214.
. . entweder bonae fidei oder malae fidei possessio. Ebendas. S. 214.
. . entweder gerechter oder ungerechter. Ebendas.
. . wahrer oder Quasibesitz. Ebendas.
. . körperlicher oder Mentalbesitz. Ebendas.
. . Vortheile des Besitzes, 283. S. 216.
. . Ob das Recht des Besitzes ein dingliches sey? 286. S. 219.
. . was es heist, pro possessore, pro herede, titulo sine titulo besitzen? 706. S. 534.
. . dolose aufhören besitzen. 706. S. 535.
Bestiae, 1051. S. 758.
Betrug, was er ist? 1007. S. 740.
Beute, wem sie gehört? 302. S. 232. 307. S. 235.
Bevollmächtigung, s. *mandatum*.
Bezahlung, s. Zahlung.
Bigamie, s. Ehe.
Bischöffe, können nicht Vormünder werden, 245. S. 195.
Blinde, ob sie im Testament Zeuge seyn können? 445. S. 345.
. . wie sie testiren müssen? 469. S. 366.
. . können nicht Vormünder werden, §. 245. S. 194.
Blödsinnige, ihre Rechte. 62. S. 64.
. . stehen unter der Curatel, 223. S. 180.
. . können nicht testiren, 467. S. 364.
. . keine Erbschaft antreten, 543. S. 432.
. . wer sie verpflegt, ist ihr Erbe. 703. S. 534.
. . können keine Verträge schliessen. 734. S. 557.
. . sind aus der negotiorum gestione verbunden, §. 938. S. 697.
. . können nicht delinquiren. § 1012. S. 745. 1064. S. 762.
Blutschande, deren Strafe. 1257. S. 845.
Blutsfreunde, s. Verwandschaft.
Bona fides, was sie ist? 396. S. 300.
Bonae fidei possessor, in wie weit ihm die Früchte gehören? 331. u. f. S. 252 u f.
Bona paraphernalia, 130. S. 126.
. . receptitia. Ebendas.
Bonorum possessio, Veranlassung derselben. 655. S. 502.
. . Erklärung. 656. S 502. u. f.
. . ist entweder edictalis oder decretalis Ebendas.
. . die decretalis entweder ventris nomine, oder ex edicto carboniano. Ebendas.
. . entweder ordinaria oder extraordinaria. 657. S 503
. . die ordinaria entweder contra oder secundum tabulas oder litis ordinandae gratia. 658. S. 503. u. f.
. . Fälle der B. P. contra tabulas. 659. S. 504.
. . der B. P. secundum tabulas. 660. S. 505.
. . der B. P. ab intestato. 661. S. 506.
. . ex edicto unde liberti. 662. S. 506.

Bonorum possessio ex edicto unde legitimi. 663 S. 506.
. . ex edicto vnde cognati. 664. S. 507.
. . ex edicto vnde vir & vxor. 665. S. 507.
. . Zeit binnen welcher die B. P. gebeten werden muß. 666. S. 508.
Brautgabe, was sie sey? 130. S. 126.
. . Eintheilungen derselben. 131. S. 127.
. . ob der Vater seiner Tochter dergleichen zu geben schuldig Ebendas.
. . Rechte derselben. 132. S. 128.
. . ob sie der Mann veräussern könne? 418. S. 323.
. . von den Rechten einer darüber ausgestellten Quittung. 854. S. 639.
Brüder, vollbürtige. 692. S. 522.
. . Halbbrüder, was sie sind, und wie vielerley, §. 698. S. 527.
Bürge, was er ist? 835. S. 625.
. . Grundsätze bey der Bürgschaft. 835. S. 626.
. . wer kann sich verbürgen? 837. S. 627.
. . Weibspersonen können es nicht. 838. S. 627.
. . für welche Verbindlichkeit kann man sich verbürgen? 839. S. 629.
. . ob für einen Delinquenten? Ebendas.
. . die Ehefrau kann wegen des Eingebrachten keinen Bürgen fordern. Ebendas. S. 630.
. . wie kann sich der Bürge verpflichten? §. 840. S. 630.
. . Wirkungen der fideiussorischen Verbindlichkeit. 841. S. 631.
. . Rechtswohlthaten der Bürgen. 842. u. f. S. 632. u. f.
Bürgerrecht, römisches. 90. S. 84.
. . in Deutschland ist dreyerley. 91. S. 85.
Bürgerlicher Tod. 187. S. 163.
Bürgschaft s. Bürge.
Burgfriede, 271. S. 205.

C.

Cäsar, Julius will ein corpus iuris verfertigen lass n. 2. S. 3.
Cajus, von s. Institutionen. 8. S. 14.
Calumniose litigare. 1224. S. 831.
. . juramentum calumniae, 1225. S. 831.
Canon emphyteuticus 901. S. 674.
Capite censi. 187. S. 163.
Capitis diminutio was sie ist [illegible]. S. 163. u. f.
. . wie vielerley? 188. S. [illegible]
. . Deutsches Recht in Ansehung derselben. 192. S. 165.
. . hebt die vätterliche Gewalt auf. 153. S. 141.
Capito, Urheber einer Secte. 7. S. 13.
Capitula ordinaria und *extraordinaria* des Lehnrechts. 15. S 27.
. . ob die letzten in Deutschland gelten? Ebendas.
Caput, bedeutet den bürgerlichen Zustand. 187. S. 163.
Caracalla gi[illegible] allen römischen Unterthanen das Bürgerrecht. 90. S. 84.
Cassianer, 7. S. 13.
. . streiten mit den Proculejanern über die Bestimmung der Mündigkeit. 217. S. 177.
Castrat, was er ist? 62. S. 65.
. . kann nicht adoptiren 146. S. 137.
Casus 754. S. 79.
. . merus und mixtus. Ebendas.
. . wer ihn trägt und ersetzt? 761. S 589
Causa, externa und interna. 329. S. 250.
Cautelen, was sie sind? 26. S. 35.
Caution, was sie ist? 231. S. 186. 1180. S. 268.
. . de damno infecto 824. S. 622.

Cautio legatorum nomine. 825. S. 623.
. . de dolo. 826. S. 623.
. . de perſequendo ſeruo. 827. S. 623.
. . de pretio reſtituendo. 828. S. 623.
. . rem pupilli ſaluam fore. 829. S. 624.
. . de rato. Ebendaſ. S. 624.
. . de rato. 1177. S. 808.
. . Muciana. 493. S. 395.
. . Urſache der gerichtlichen. 1179. S. 809.
. . wann wird Caution im Gerichte geleiſtet? 1181. S. 810.
. . der Vormünder. ſ. Vormundſchaft.
Cenotaphium 265. S. 203.
Cenſus. 76. S. 78.
Centumuiri. 57. S. 58.
Centurien des römiſchen Volks. 36. S. 42.
Ceſſion, was ſie iſt? § 991. S. 729.
Charta deletitia und ὁπισθόγραφος § 448. S. 348.
Chirographum, was es heiſt? 850. S. 637.
Churprinzen, werden in 18 Jahr majorenn § 240. S. 185.
Chriſten, ſollten ſich nicht mit Ungläubigen verheyrathen. 126. S. 122.
Cicero ſoll ein corpus juris haben ſchreiben wollen. 2. S. 3.
Claſſen des römiſchen Volks. 36. S. 42.
Clauſula codillaris. §. 627. u. f. S. 489. u. f.
Codex und *volumen*, wie ſie verſchieden waren? 5. S. 8.
Codex Gregorianus und *Hermogenianus*. 5. S. 7.
. . . deſſen Fragmente gelten in Deutſchland nicht. 15. S. 24.
. . *Iuſtinianeus*. 5. S. 7.
. . neuer, Veranlaſſung dazu. 10. S. 15. u. f.
. . von dem Namen codex repetitae praelectionis. Ebend. S. 10.
Codex von deſſen Eintheilung. Ebendaſ. S. 16.
. . ſeine Originalſprache. Ebendaſ.
. . verlohrne und wieder gefundne Verordnungen deſſelben. Ebendaſ.
. . wie er allegirt werde? Ebendaſ.
. . wird in den Inſtitutionen allegirt, und die angeführte Stellen finden ſich nicht. § 10. S. 17.
. . geht den Inſtitutionen und Pandecten vor. 16. S. 28.
. . *Theodoſianus* 5. S. 8. gilt in Deutſchland nicht. 15. S. 24.
Codicille was ſie ſind und wie vielerley? 618. u. f. S. 485.
. . was man darin verordnen kann? 622. S. 486.
. . wie ſie gemacht werden? 623. S. 486. 626. 488.
. . wer ſie machen kann? 624. S. 487.
. . von mehreren Codicillen Eines Menſchen 625. S. 488.
Codicillarclauſel. 627. u. f. S. 489. u. f.
Cognati was ſie ſind? 115. S. 111.
. . erben nach dem alten Recht nicht ab inteſtato. 642. u. f. S. 496.
. . der Prätor gab ihnen B. P. 664. S. 507.
. . erben nach dem neueſten Recht. 681. S. 511.
Cognationis iura natalia ſunt. 115. S. 111.
Collation was ſie iſt? 709. S. 537.
. . Grundſätze bey derſelben. 710. S. 538.
Collegia, licita und illicita. 485. S. 381.
. . werden in integrum reſtituiret. 1002. S. 734.
Colonia partiaria 887. S. 665.
Coloni ſeruil. 69. S. 74.
Colonus. 881. S. 661.

Comitia, was sie waren? 36. S. 42.
. . standen unter Aufsicht des Senates. 38. S. 44.
Commixtio. 323. 324. S. 247. u. f.
Commodatum, was es ist. 770. S. 597.
. . Grundsätze bey demselben. 771. S. 597.
. . wie lange und wie hat der Commodatarius die Sache zu brauchen? 772. S. 599.
. . Dieser Contract ist unentgeltlich. 773. S. 599.
. . welche culpa wird darin geleistet. 774. S. 600.
. . wer trägt den casum? 775. S. 600.
. . Klagen, die aus diesem Contract entstehen. 776. u. f. S. 601.
Compagnie, erbt den Soldaten. 703. S. 534.
Compensation, was sie ist. 978. S. 719.
. . Erfordernisse derselben. 979. S. 719.
. . Wirkungen. 980. S. 721.
Competentiae beneficium s. beneficium competentiae.
Competenz des Richters, was sie ist? 1237. S. 837.
Concubinat, was er ist? 113. S. 106.
Condictio causa data, causa non secuta. 957. S. 704.
. . *ex chirographo*. 857. S. 642.
. . de eo quod certo loco. 968 S 713.
. . *certi ex machio*. §. 769. S. 597.
. . *certi vel incerti ex stipulatu* §. 809. S. 616.
. . *indebiti*. 956. S. 704.
. . *ex lege*, was sie ist? §. 1590. S. 772.
. . *ex L 30. C. de inoff. testam.* 473. S. 371.
. . *ex L. 32. de reb. cred.* 1102. S. 779.
. . *ex L. ult. C. de dot. promiss.* 134. S. 129.
. . *sine causa*. 957. S. 704.
. . *Triticiaria*. 968. S. 713.
. . *ob turpem causam*. 950. S. 705.
Conditio s. Bedingung.
Confirmatio tutoris. s. Vormundschaft.
Confusio, modus adquirendi. 324. S. 247.
. . modus tollendi obligationes. 981. S. 721.
Consensus curatoris. 227. S. 183.
. . s. Einwilligung.
Constitutiones der Kaiser 5. S. 7.
. . personales 48. S. 50.
. . s. Verordnungen.
Constitutum, was es ist, und wie vielerley? 8.6. S. 633.
. . dessen Nutzen. 847. u. f. S. 935.
Consuetudo, s. Gewohnheit.
Consuln, was sie waren? 36. S. 42.
Contracte, wie sie von pactis unterschieden sind? 746. u. f. S. 573. u. f.
. . benannte und ungenannte. 749. S. 575.
. . einseitige und zweyseitige. 750 S. 576.
. . *stricti juris* und *bonae fidei* 751. S. 578.
. . *principales* und *accessorii* 752. S. 579.
. . was sind Realcontracte? 763. S. 590.
. . *verbales*, was sie sind. 803. S. 614.
. . Gattungen derselben. §.
. . Consensualcontracte, woher sie ihren Namen haben? §. 859. S. 644.
. . Natur dieser Contracte. 860. S. 645.
. . fünf Gattungen derselben. 861. S. 646.
. . *innominati* was sie sind? 800 S. 611.
. . in denselben konnte man pönitiren. 801. S. 612.
. . vom contractu *aestimatorio, permutationis* und *suffragii* 802. S. 613.

Contracte, *amicorum* 756. S. 582.
. . *claudicantes*. 209. S. 174.
. . entweder veri oder quasi contractus 33. S 693.
Contubernium s. Ehe.
Conventio, was sie ist. 732 S. 555.
. . *in manum* 128. S. 125.
. . *de spe & re sperata* 740. S. 667.
Corpus iuris, wer dessen Geschichte beschrieben? 1. S. 1.
. . Veranlassung zu dessen Verfertigung. 1. S. 2.
. . wer vor Justinian dergleichen verfertigen wollen? 2. S. 3.
. . welche Theile desselben gesetzliches Ansehen haben? 15. S. 23. u. f.
. . wann sich die Gesetze darin widersprechen, welches vorgehe? Ebend.
Correi debendi & credendi. 813. S. 618.
. . Quellen der passiven Correalverbindlichkeit. 814. S. 618.
. . und der activen. S. 618.
. . ob die *correi* sich unter einander belangen können? 820 S. 620.
Critik, juristische. 26. S. 35.
Culpa. 754 S. 580.
. . Grade derselben. 757. 758. S. 583.
. . leuis in concreto. Ebendas. S. 583.
. . wie sie prästirt wird. 759. S. 585.
Cura, curatio, curatela, was sie sey und wie vielerley? 222 S. 179.
. . curator absentis, ventris, massae und litis. Ebendas.
. . der Kranken Taubstummen. Ebendas.
. . ist entweder legitima oder datiua. Ebendas.
. . der Blödsinnigen. 223. S. 180.
. . der Verschwender. 224 S. 181.
. . der Minderjährigen. 225. S. 181.
. . nach den römischen Rechten bekommen die Minderjährigen keinen Curator gegen ihren Willen, 226. S. 182.
Anders ist es in Deutschland, 230. S. 184.
. . Pflichten eines Curators. 227. S. 183.
. . wie die Curatel aufhöre? 228. S. 184.
. . Klagen, welche daraus entstehen. 229. S. 184
. . curator primario datur rebus. 227. S. 183.
. . *Curator in litem*. 212. S. 175.
. . der Weiber in Sachsen, 247. S. 196.
Curiales. 140. S. 133.

D.

Damnati ad mortem, ob sie testiren können? §. 470. S. 366.
Damnum s. Schaden.
iniuria datum, was es ist? 1045. S. 755.
. . . wird vom Aquilischen Gesetz bestraft. Ebendas. S. 755.
. . es wird entweder aus Vorsatz oder aus Nachläßigkeit begangen. §. 1046. S. 755.
. . widerrechtlich, 1047. S. 756.
. . nicht durch Zufall, 1048. S 756.
. . lex Aquilia setzt voraus, daß einer an seinem Vermögen Schaden leide, und vt corpore corpori noceatur. 1049. S. 756.
. . von den Capiteln dieses Gesetzes, und zwar vom ersten. 1050. u. f. S. 757.
. . Klage aus dem ersten Capitel. 1952. S. 758.
. . vom zweyten Capitel. 1053. S. 759.
. . vom dritten 1054. u. f. S 759.
. . noch einige Anmerkungen über dieses Gesetz. 1057. u. f. S. 759.
. . von dessen heutigem Gebrauche. 1060 S 760.

Damnum infectum. 824. S. 622.
Darlehn, was es ist? 765. S. 592.
. . Grundsätze davon. 766. S. 593.
. . wer ein Darlehn geben könne? 767. S. 594.
. . was entsteht aus demselben für eine Verbindlichkeit? 768. S. 594.
. . in welchem Falle der Empfänger Zinsen zu zahlen schuldig ist? Ebendas. S. 594.
. . Klage aus dem Darlehn. 769. S. 595.
Datio in solutum. 976. S. 717.
Decisiones 50. s. Entscheidungen.
Decrete, kaiserliche, was sie sind? 46. S. 48.
. . ob sie allgemeine Gesetze sind? 47. S. 49.
. . sind entweder decreta stricte, oder interlocuta. 46. S. 48.
Decretum D Marci. 1040. S. 752. §. 1044. S. 754.
Decuriones, was sie waren? 140. S. 133.
. . konnten keine Landgüter pachten. 885. S. 663.
Decunx hereditatis. 489. S. 386.
Defensor; was er ist? 936. S. 695.
Definitionen, legalische, was sie sind? 28. S. 37.
Delictio, quasi delictum. 1078. u. f. S. 768.
Delegation. 989. S. 727.
. . Wirkungen derselben 990. S. 728.
. . Unterschied derselben von andern ähnlichen Geschäften. 992. S. 729.
Delictum s. Verbrechen.
Denuntiatio litis. 964. S. 708.
Deportati. 190. S. 164.
Depositio debiti. 982. u. f. S. 722.
Depositum, was es ist? 779. S. 602,
. . Grundsätze davon. 780. S. 602.
. . es wird unentgeldlich geschlossen. 781. S. 603.
Depositum, ein Betrug macht den Depositar ehrlos. 782. S. 603.
. . ob der Depositar die Sache gebrauchen darf? 783. S 603.
. . irregulare. Ebendas.
. . von der culpa und casu. 784 S. 604.
. . es ist entweder simplex oder miserabile. 785. S. 604.
. . Klagen daraus. 787. u. f. S. 606. u. f.
Descendenten. 116. S. 113.
Detention, was sie ist? 281. S. 212.
Deunx hereditatis 489. S. 386.
Dextans hereditatis 489. S 386.
Dictator, was er war? 36. S. 42.
Diebstahl: was er ist? 1018. u. f S. 746. u. f.
. . Eintheilungen desselben. 747.
. . vom furti rei, 1022. S. 748.
. . vom furto vsus, 1024 S. 748.
. . possessionis. §. 1025. S 749.
. . manifesto und nec manifesto. 1026. u. f. S. 749.
. . Klagen gegen den Dieb. 1028. S. 749. von der condictione furtiua. 1028. Ebendas.
. . von der actione furti, 1031. S 750.
. . Verhältniß dieser Klagen gegen einander. §. 1032. S. 750.
. . von der peinlichen Strafe des Diebstahls. 1033. S 750.
. . vom heutigen Gebrauch dieser Lehre. 1034. u. f. S. 751.
Dienstbarkeit, s. Servitut.
Dies, in heredis institutione. 491. S. 390.
. . legati cedit & venit. 583. S. 462.
Digesta s. Pandecten.
Dinaliches Recht. s. Recht.
Disciplina domestica. 100. S. 89.
Dispensatio 48 S 50. u. f.
Disputatio fori. 57. S. 57.
Dissensus mutuus. § 999. S. 733.

Divisionis beneficium. s. *beneficium devisionis.*
Divortium 129. S. 125.
Dodrans hereditatis. 489. S. 386.
Dolus, was er ist, und wie vielerley 757. S. 583. 1007. S. 740.
. . ist zu prästiren. 756. S 581.
. . infamirt zuweilen. Ebendas.
Dolo possidere desinere, was es heisse. 281. S. 213.
Dominicae res, s. res dominicae.
Dominium s. Eigenthumsrecht.
. . hominis in hominem. 64. S. 70.
. . litis. 1178. S. 809.
Dominus tabernae. 1146. S. 798.
Donatio s. Schenkung.
. . *propter nuptias.* 416. S. 322.
Dos, s. Brautgabe.
Dotis dictio solennis 804. S. 614.
Duplicatio, was sie ist? 1203. S. 821.
Dupondium. 489. S. 386.

E.

Edicte der Magistratspersonen. 51. S. 53.
. . wie sie eingetheilt werden? 51. 52. S. 53. u. f.
. . ob sie zum geschriebenen oder ungeschriebenen Recht gehören. 35. S. 41.
. . *aedilium.* 53. S. 54.
. . *Edictum perpetuum aedilitium.* 53. S. 54.
. . dreyzehen des K. Justinians. 14. S. 22. Ob sie in Deutschland gelten? 15. S 26.
. . kaiserliche. 43. S. 47.
. . *Edictum perpetuum.* 53. S. 54.
. . *edictum successorium.* 535. S. 494. § 664. S. 14.
Effestucatio. 336. S. 256.
Effusio, quasi delictum. 1078. u. f. S. 768.
Ehe, was sie ist? 108. S. 98.
. . Grundsätze davon. 110. S. 100.
Ehe erfordert Einwilligung. 111. S. 100.
. . ist ungültig, wann sie durch Furcht erzwungen, oder durch Betrug veranlaßt ist. 111. S. 101.
. . Kastrat kann keine Ehe schliessen. Ebendas.
. . Alter derjenigen, die heyrathen wollen. Ebendas.
. . ist entweder Monogamie oder Polygamie, oder Gemeinschaft der Weiber. Ebendas.
. . Polygamie ist von verschiedener Art. Ebendas.
. . Bigamie ist ein Verbrechen. Ebendas.
. . binnen dem Trauerjahr ist die Ehe verboten. Ebendas. und S. 102.
. . zweyte Ehe ist nicht so begünstigt, als die erste; poenae secundarum nuptiarum. Ebendas.
. . wie nuptiae, matrimonium und contubernium verschieden gewesen? 112. S. 103.
. . erfordert des Vaters Einwilligung. Ebendas. und S. 104.
. . was ist Rechtens, wann sie ohne des Vaters Einwilligung geschlossen wird? Ebendas.
. . ob die Ratihabition hinlänglich? Ebendas.
. . muß nach der gesetzlichen Form geschlossen werden? 113. S. 106.
. . wie sie vom Concubinat unterschieden ist? Ebendas.
. . Gewissensehe, was sie ist? Ebendas.
. . zur linken Hand. Ebendas. S. 107.
. . drey Gattungen verbotener Ehen. Ebendas.
. . matrimonium putatiuum. Ebendas.
. . in welchen Graden die Ehe verboten ist? 121. u. f. S. 117. u. f.

Ehe, welche Ehen als unanständig verboten sind. 125. S. 121.
. . und welche als schädlich? 126. S. 122.
. . deren Wirkungen. 127. u. f. S. 123. u. f.
. . wie sie geendigt wird. 129. S. 125.
. . ist bey den Töchtern ein Mittel, die väterliche Gewalt zu endigen. 163. S. 148.
. . wer in zweyter Ehe lebt, kann den zweyten Ehegatten nur auf einen gewissen Theil zum Erben einsetzen. 487. S. 383.
. . blutschänderische, wer sie schließt, kann nicht testiren. 470. S. 366.
Ehebrecher, darf die Ehebrecherin nicht heyrathen. 125. S. 121.
Ehebruch, 1153. S. 844.
. . öffentliche Strafe desselben. 1254. S. 844.
. . Privatstrafe 1255. S. 844.
Ehefrau, deren Rechte. 128. S. 124.
. . von dem ihr zustehenden Pfandrechte. 719. S. 544. und S. 546.
Ehegatten, von ihrem Erbrechte. 701. u. f. S. 532. u. f.
. . können einander nichts schenken. §. 413. S. 319.
Eheliche Geburt. 107. S. 97.
Ehemann, seine Rechte. 128. S. 124. u. f.
. . kann nach dem römischen Recht nicht Vormund über die Frau seyn. 245. S. 195.
. . ob in Deutschland? 247. S. 196.
. . von seinem stillschweigenden Pfandrechte auf das Vermögen dessen, welcher ihm eine Brautgabe versprochen. 719. S. 544.
. . von seinen Rechten über die Brautgabe. s. Brautgabe.
Ehepacten, was sie sind? 133. S. 128.
. . in wie fern sie gültig sind? Ebend.
Ehescheidung. 129. S. 125.
Eheverlöbniß, was es ist. 108. S. 99.
. . Grundsätze davon. 108. S. 100.
Ehrlosigkeit, was sie ist, und wie vielerley? 62. S. 67.
Eigenthumsrecht, was es ist? 287. S. 220.
. . ist entweder dominium quiritarium oder bonitarium. 288. S. 221.
. . entweder widerruflich oder nicht. 289. S. 222.
. . das widerrufliche hört entweder ex tunc, oder ex nunc auf. Ebendas. S. 222.
. . ist entweder dominium solitarium, oder condominium oder minus plenum. 290. S. 223.
. . das minus plenum entweder directum oder vtile. 291. S. 224.
. . entweder feudum, oder emphyteusis, oder superficies. 292. S. 225.
. . Klagen aus demselben. 344. S. 261.
. . eines Menschen über den andern. 64. S. 70.
Einfältige, s. Stupide.
Einkindschaft. 152. S. 140.
Einwerfung s. Collation.
Einwilligung, wahre, vermuthliche; ausdrückliche, stillschweigende; gewisse, wahrscheinliche. 735. S. 559.
Eisernes Vieh. 889. S. 667.
Elternstatt, welche Personen mir an Elternstatt sind? 120. S. 117.
Emancipation, was sie ist. 156. S. 143.
. . wie vielerley. 157. 158. S. 143. u. f.
. . zuweilen ist sie nicht freywillig. 160. S. 145.
. . ist eine capitis deminutio. 190. S. 164.
Embryonen, ihre Rechte. 62. S. 65.
Empfehlung, in wie fern sie verpflichtet? 919. S. 686.

Emphyteusis, Bedeutungen dieses Worts. 896. S. 671.
. . Ursprung emphyteusis. Ebendas.
. . ob auch Gebäude ein Gegenstand derselben sind? Ebendas. S. 672.
. . Personen in diesem Contract. 897. S. 672.
. . Natur desselben. 898. S. 673.
. . Rechte des emphyteutae. §. 899. 900. S. 673. u. f.
. . Rechte des domini emphyteuseos. 901. S. 674.
. . wie das emphyteutische Recht aufhöre? 902. S. 675.
. . Klagen aus der emphyteusi. 903. 904. S. 676. u. f.
Empiriker, was er sey. 23. S. 32.
Enterbung, altes römisches Recht bey derselben. 472. S. 368.
. . neue Gesetze. 473. S. 368.
. . was sie ist. 474. S. 372.
. . wie sie von der praeteritione verschieden ist. Ebendas.
. . Drey Fragen dabey. 475. 373.
. . Form derselben. 476. S. 373.
. . exheredatio rite facta. Ebendas.
. . Ursachen derselben. 477. 478. 479. S. 374. u. f.
. . ob sie eine Ausdehnung leiden? 480. S. 377.
. . welche Personen man übergehen und nicht übergehen kann? 526 u. f. S. 419. u. f.
. . was ist Rechtens, wann der Vater oder die väterliche Ascendenten suos die schon gebohren sind ausschliessen? 528. S. 421.
. . was ist Rechtens bey den Emancipirten? 529. S. 421.
. . bey den postumis? 530. S. 422.
. . bey den Adoptivkindern? 531. S. 422.
. . was haben Mutter und mütterliche Ascendenten zu beobachten? 532. S. 423.
. . was ist Rechtens, wann Eltern oder Geschwister ausgeschlossen werden? 533. S. 423.
Entführer, darf die Entführte nicht heyrathen. 125. S. 121.
Entscheidungen, fünfzig; was sie sind, wo sie stehen, woran sie zu erkennen? 7. S. 13.
Entschuldigung der Vormünder. s. Vormundschaft.
Eparchi, *Eparchica*, was sie sind? 11 und 12. S. 18.
Epistolae, der Kayser. 44. S. 48.
Epitome Iuliani, was sie sey? 11. u. 12. S. 19.
Erbe, was er ist? 482. S. 378.
. . erhält alle Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen. Ebendas.
. . nur nicht die ganz persönliche. Ebendas.
. . von der Erbfähigkeit. Ebendas. S. 379.
. . sowohl freye Menschen als Sklaven sind Erbfähig. 483. S. 380.
. . Fremde konnten nicht eingesetzt werden. 484. S. 381.
. . ob ungewisse Personen, Arme, Kirchen, Städte, Gesellschaften? 485. S. 381.
. . wer zur Strafe nicht eingesetzt werden kann. §. 486. 487. S. 382. u. f.
. . Regeln bey der Erbeinsetzung. 488. S. 385.
. . die Erben sind entweder freywillige oder nothwendige. 536. S. 427.
. . wer sind die nothwendige? 537. S. 427.
. . Rechtswohlthaten des Erben. 547. S. 437.
. . Von der Deliberationszeit. 548. S. 437.
. . von der Wohlthat des inventarii. 549. S. 438.

Erbe, von der Repudiation der Erbschaft. 550. S. 440.
. . die Erbeseinsetzung kann befehls- und bittweise geschehen. 441. S. 339.
. . von der Erbeinsetzung mit Beyfügung einer Zeit. 491. S. 390.
. . unter einer Bedingung. 492. 493. S. 391. u. f.
Erbschaft, was sie ist? 437. S. 336.
. . hereditas delata, adquisita. Ebendas. S. 336.
. . Erbfolge. Ebendas.
. . dreyerley Arten der Erbfolge. Ebendas.
. . von der Erbfolge ab intestato, s. Intestaterbfolge.
. . Namen der Erbschaftstheile. 489. S. 386.
. . wie die Erbschaft vertheilt werden muß. 490. S. 387. u. f.
. . Erbschaftsantretung ist ein Quasicontract. 951. S. 701.
Erbverträge, ob sie nach röm. Recht gelten? 737. S. 563.
Erklärung der Gesetze, wie vielerley sie ist? 24. S. 38.
. . von der logischen Erklärung. 25. S. 34.
. . Grund der extensiven. Ebendas.
. . Grund der restrictiven. Ebendas.
Erlassung der Schuld. 998. S. 732.
Eroberung im Kriege. 302. S. 231.
Erwerben, durch wen man ein ius in re erwerben kann? 422. S. 328. §. 435. S. 334.
. . durch welche Personen kann man sich ein ius ad rem erwerben, und eine Verbindlichkeit zuziehen? 958. u. f. S. 706. u. f.
Essentialia pacti, 732. S. 556.
Etymologien der Stoiker, 67. S. 72.
Evictionsleistung, was sie ist? 960. S. 706.
. . Gründe, sie zu fordern, 961. u. f. S. 707.
Evocatio sacrorum, 263. S. 102.
Exceptio, was sie ist? 1196. S. 818.
. . ist entweder iuris oder facti. Ebendas.
. . civilis oder praetoria, 1197. S. 818.
. . peremtoria oder dilatoria, 1198. S. 818.
. . perpetua oder temporaria. 1199. S. 819.
. . personalis oder realis, 1200 u. f. S. 820.
. . non num. pecuniae, 851. 854. S. 638. 639 u. f.
. . sub- & obreptionis, 45. S. 48.
Excusation des Vormundes, s. Vormundschaft.
Excussionis beneficium, 836. S. 627.
Exercitor, 1146. S. 798.
Expromissio, 989. S. 727.
Exquaestor sacri palatii, was er war? 8. S. 14.
Exsilium und relegatio waren verschieden. 190. S. 164.
Eyd, wirkte keine Verbindlichkeit bey den Römern. §. 804. S. 614.

F.

Facultas, s. Vermögen.
Falsi crimen. 1266. u. f. S. 846.
Fama, s. Name.
Familia, was es bedeutet. 92. 93. S. 86.
Faustpfand, 713. S. 541.
Feindschaft, schließt von der Tutel aus. 245. S. 195.
Feudorum libri, s. Lehnrecht.
Fictio simplex und *retrotractiva* in der Legitimation. 136. S. 130.
Fideicommisse, was sind Universalfideicommisse? 600. u. f. S. 475.
. . Personen, die dabey vorkommen, 602. S. 477.

Fideicommisse, Eintheilung derselben. 603. S. 477.
. . wer kann fideicommittiren? 604. S. 477.
. . wem kann man Fideicommisse auflegen? 605. S. 478.
. . wie kann man sie verordnen? 606. S. 479.
. . waren anfangs unverbindlich. 607. u. f. S. 479.
. . Einführung der quartae Trebellianicae, 610. u. f. S. 480.
. . von fideicommissis singularibus. 617. u. f. S. 484.
. . wie sie von den legatis unterschieden sind? 552. S. 440.
Fideiussor, s. Bürge.
Fides, bona, mala, 396. S. 300.
Filii familias, in wie weit der Vater durch sie erwirbt? 425. S. 329.
. . können nicht testiren. 458. S. 356.
. . wann dieselbe aus ihren Contracten belangt werden können? 1158. S. 801.
. . deren Verbindlichkeit aus einem Darlehn ist in den bürgerlichen Gesetzen nicht bestätigt. 727. S. 551. s. auch *Senatusconsultum Macedonianum.*
Finden, ein modus adquirendi, 304. S. 233.
Fischen, 298 S. 228.
Fiscales res, 398. S. 304.
Fiscus nimmt eine vacante Erbschaft zu sich. 703. S. 533.
. . hat ein Pfandrecht auf dem Vermögen seiner Cassirer. 719. S. 544.
. . auf dem Vermögen derer, welche Contracte mit ihm schliessen. Ebendas.
. . auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig bleiben. Ebendas.
. . welche seiner Pfandrechte privilegirt sind? 719. S. 546.
. . ob ihm alle herrenlose Sachen gehören? 307. S. 235.
. . eignet sich die Schätze zu. Ebendas.
. . auf die Inseln und Alluvion. 313. S. 240.
. . wann er mir eine Sache verkauft, werde ich sogleich Eigenthümer. 344. S. 261.
Flumen und *stillicidium*, §. 360. S. 273.
Foetura, modus adquirendi, §. 310. S. 238.
Forum competens, was es ist? 1237. S. 837.
. . Eintheilungen desselben. 1238. S. 838.
Fratres & sorores bilaterales, 692. S. 522.
. . unilaterales, 698. S. 527.
Frauenzins, 70. S. 75.
Fremde können nach römischem Recht nicht testiren. 465. S. 362.
. . s. Zustand des Bürgerrechts.
Freygebohrner, s. *ingenuus.*
Freygelassener, der Patron erbt ihn, 647. u. f. S. 500.
. . von der Assignation der Freygelassenen. 653. S. 501.
. . s. auch *Libertinus.*
Freyheit, was sie heise. 64. S. 70.
. . Klagen, die aus dem Zustand der Freyheit entstehen. 84. S. 81.
Freylassung, s. Manumission.
Fructus, was sie sind? 329. S. 250. u. f.
. . sind entweder ordentliche oder ausserordentliche. Ebendas. S. 251.
. . naturales oder civiles, Ebendas.
. . pendentes, oder percepti oder percipiendi. Ebendas.
. . wem sie gehören? Ebendas. S. 251.
. . von der fructuum perceptione des bonae fidei Besitzes. 331. u. f. S. 252. u. f.

Fructus, fructuum perceptio. modus adquirendi. 329. S. 250. u. f.
Furioſi, ſ. Blödſinnige.
Furtum, ſ. Diebſtahl.

G.

Galeeren, ob die Verweiſung auf die Galeeren eine capitis deminutio ſey. 192. S. 165.
Gebäude, wem es gehört, wann die Materialien und der Boden verſchiedene Eigenthümer haben. 319. S. 243.
. . wer Geld zur Herſtellung eines Gebäudes borgt, hat ein ſtillſchweigendes Pfandrecht. 719. S. 545.
Geburtszeit, von der wahren. 107. S. 97. u. f.
Geiſtliche, dürfen nach dem canoniſchen Recht nicht heyrathen. 126. S. 123.
. . ob ſie Vormünder werden können? 245. S. 195.
. . ob ſie ſich nicht verbürgen können? 838. S. 627.
. . ſollen keine Landgüter pachten. 885. S. 663.
Geld, Bedeutung dieſes Worts bey den Juriſten. 259. S. 201.
Gelübde, 735. S. 560.
Gemählde, wem gehört es, wann ich auf eine fremde Tafel mahle? 318. S. 243.
Gemeinden werden in integrum reſtituirt. 1002. S. 734.
Genus, was es heiſe? 566. S. 452.
Gentilen, was ſie ſind? 115. S. 111.
Gerechtigkeit iſt der Zweck der Jurisprudenz. 27. S. 36.
. . was ſie ſey? 27. S. 35.
. . iſt entweder äuſſerlich oder innerlich. 28. S. 37.
. . entweder expletrix oder attributrix. 27. S. 36.
Gerichte, deren Eintheilung in Rückſicht auf die darin vorkommende Sachen. 1239. S. 840.
Gerichtsferien, hängen vom Senat ab. 38. S. 44.
Gerichtskoſten, ſ. Proceßkoſten.
Gerücht, ſ. Name.
Geſandſchaften, ſtanden unter der Aufſicht des Senates. 38. S. 44.
Geſchenke, ob ſie conferirt werden? 710. S. 539.
Geſchwiſter, vollbürtige. 692. S. 522.
. . welche den Pflichttheil fordern können? 473. S. 368.
Geſetzbuch, römiſches, ſ. corpus iuris.
Geſetze, was ſie ſind? 19. S. 30.
. . von deren Erklärung, ſ. Erklärung.
. . von deren Anwendung. 26. S. 35.
. . ſ. auch leges und lex.
Geſellſchaften, welche zum Erben eingeſetzt werden können? 485. S. 381.
. . ſ. Societät.
Gewalt, poteſtas, was ſie ſey? 64. S. 70.
. . väterliche, ſ. natürliche Gewalt.
. . dominica, 92. und 93. S. 87. u. f.
Gewehrleiſtung, ſ. Eviction.
Gewiſſensehe, 113. S. 107.
Gewohnheit, obligatoriſche, freye. 58. S. 58.
. . permiſſiva, praeceptiva conſuetudo. Ebendaſ.
. . Erforderniſſe einer geſetzlichen. Ebendaſ.
. . gilt als ein Geſetz. Ebendaſ, S. 60.
. . hat dieſelbige Autorität, wie ein geſchriebenes Geſetz. 28. S. 60.
Giftmiſcherey, ſ. Vergiften.
Gloſſae, Gloſſatores, was ſie ſind? 13. S. 21.

Grade, der Verwandschaft, wie sie gezählt werden? 117. 118. S. 114. u. f.
. . der Schwägerschaft. 119. S. 116.
Gräber, waren bey den Römern res religiosae. 264. u. f. S. 202. u. f.
Gregorius sammelt den Gregorianischen Codex. 5. S. 8.
Großjährige, 62. S. 66.
Gutachten der Rechtsgelehrten, s. Rechtsgelehrten.

H.

Habitatio, servitus. 384. 385. S. 291.
Hadrian fängt zuerst an, die gesetzgebende Gewalt öffentlicher und eigenmächtiger auszuüben. 41. S. 46.
. . läßt das edictum perpetuum machen. 53. S. 54.
Halbbauer. 887. S. 665.
Halbgeschwister, 698. S. 527.
Handlungen, äusserliche und innerliche. 28. S. 37.
Handwerksleute, welche Geräusch machen, sollen sich nicht in die Nachbarschaft der Gelehrten einmiethen. 885. S. 664.
Hausfriede 271. S. 205.
Haushaltung, durch Anstellung einer eignen, gehen in Deutschland die Kinder aus der väterlichen Gewalt. 163 S. 148.
Heilige Sachen, s. Sachen.
Hemdschilling, 70. S. 75.
Hereditas, s. Erbschaft.
. . *iacens*, 542. S. 432.
Hereditatis petitio, was sie ist und wie vielerley? 704. 705. S. 534.
. . Grundsätze bey derselben. 706. S. 534.
. . patriaria, possessoria, fideicommissaria, 707. S. 536.
Heres, pro herede besitzen, 706. S. 535. s. Erben.
Hermogenianus, sammelt den Hermogenianischen codex. 5. S. 8.
Herr, Rechte des Herrn über seine Sclaven, s. Sclaven.
. . kann aus den Verbrechen des Sclavens belangt werden. 1161. u. f. S. 803. u. f.
Hinkende Contracte, 209. S. 174.
Hinterlegung, s. Depositum.
Hochverrath, wer dieses Verbrechen begeht, kann nicht testiren. 470. S. 366.
. . auch nicht zum Erben ernennt werden, 486. S. 382.
Homo sui und *alieni iuris*, 92. 93. S. 86.
Honorarium, 773. S. 599.
Hugolinus a Presbyteris, hängt das Lehnrecht dem corpori iuris an. 14. S. 23.
Hypothek, s. Pfand.

I.

Iactus missilium, 238. S. 257.
. . *retis*, 866. S. 648.
Jagdfolge, 301. S. 231.
Jagen, eine Erwerbungsart, 299. S. 228.
. . welche Thiere man jagen kann? 300. S. 229.
. . ob die Verwundung schon eine Occupation ist? 301. S. 230.
. . wer heutigestags das Recht zu jagen habe? 307. S. 235.
Ignorantia iuris, 954. S. 702.
Illustres, wer diesen Titel führte? 690. S. 520.
Immiscere se hereditati, 540. S. 430.
Imperium, was es ist, und wie vielerley? 1235. S. 835.
. . *in personam*, 64. S. 70.
Impubes, 62. S. 66. s. auch Unmündige.
Inaedificatio, 317. S. 242.

Inaedificatio modus adquirendi, 319. S. 244. u. f.
Inceſtuoſi, ſ. Kinder, uneheliche.
Inclusio, 317. S. 242.
. . modus adquirendi, 318. S. 243.
Indebiti ſolutio, ein Quaſicontract. 953. u. f. S. 701. u. f.
. . von der condictione indebiti, 956. S. 704.
Infamia, ſ. Ehrloſigkeit.
Infans, 62. S. 66.
Infantiae proximus. Ebendaſ.
Infantiae maior. 62. S. 66.
Inficiatio. 1196. S. 818.
Infidelis, ſ. Unglaubiger.
Ingenuus, Bedeutungen dieſes Wortes. 72. S. 76.
. . Etymologie deſſelben. Ebendaſ.
. . Erklärung eines ingenui. 73. S. 77.
Inimicitiae, ſ. Feindſchaft.
Injurien, was ſie ſind. 1061. S. 761.
. . Gattungen derſelben. 1062. u. f. S. 761. u. f.
. . ſetzen Abſicht voraus, 1064. S. 762.
. . verſchiedene Arten der Injurienklagen. 1066. u. f. S. 762. u. f.
. . von der Retorſion. 1072. S. 764.
. . vom heutigen Gebrauch. 1073. S. 764. u. f.
. . wie die Injurienklagen erlöſchen? 1075. S. 766.
Inofficioſum teſtamentum, ſ. *querela inofficioſi*.
Inquilinus, 881. S. 662.
Inſel, wem eine neu entſtandene gehört? 310. S. 238.
. . wem ſie heutigestags gehören? 313. S. 240
Inſtitor, 1146. S. 798.
Inſtitutionen, was ſie ſind? 8. S. 14.
. . wer ſie geſchrieben. Ebendaſ.
. . von ihren Quellen. Ebendaſ.
. . wie ſie abgetheilt ſind? Ebendaſ.
. . Unterſchied des Textes und der Compendien. Ebendaſ.
. . von der Paraphraſe des Theophilus. Ebendaſ.
. . wie ſie allegirt werden? S. 15.
. . ob ſie älter als die Pandecten? 9. S. 15.
. . gelten in Deutſchland als ein Geſetzbuch. 15. S. 26.
. . was iſt Rechtens, wann ſie den Pandecten widerſprechen? 16. S. 28.
Inſtrumenta indiſcreta, 858. S. 643.
. . dotalia, ob ſie bey der Legitimation erforderlich? 139. S. 132.
Interpretatio, ſ. Erklärung.
Interdictum, was es iſt? 1205. S. 821.
. . erſte Eintheilung derſelben. 1206. S. 822.
. . zweyte, 1207. S. 822.
. . dritte 1222. S. 829.
. . interdicta adipiſcendae poſſeſſionis, 1208. S. 823.
. . interdictum quorum bonorum, 1209. u. f. S. 823.
. . remedium ex L. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. 1211. S. 824.
. . quod legatorum. 1212. S. 824.
. . Salvianum und quaſi Salvianum. 1113. S. 825.
. . von den interdictis retinendae poſſeſſionis, 1215. S. 826.
. . uti poſſidetis, 1216. S. 826.
. . ſumariiſſimum und ordinarium. 1217. S. 826. u. f.
. . utrubi. 1218. S. 827.
. . uti poſſidetis utile, 1219. S. 828.
. . unde vi, 1220. S. 828.
. . einige Sätze von Interdicten. 1223. S. 829.
. . *de liberis exhibendis*. 101. S. 92.
Intereſſe, was es iſt? 968. S. 712.

Interitus rei, 984. u. f. S. 723.
Interlocuta, 46. S. 48.
Inteſtaterbfolge, Fundament derſelben nach altem römiſchen Recht, 631. S. 492.
. . nach den alten Geſetzen erbten die liberi ſui. 632. S. 492.
. . und die Ehefrau, wann ſie in manu mariti geweſen war, 633. S. 493.
. . nach dieſen die Agnaten, 634. S. 493.
. . doch nur mit gewiſſer Einſchränkung, 635. S. 493.
. . von der Succeſſion der Eltern, 636. S. 494.
. . die Mutter ſuccedirt den Kindern nach dem Tertullianiſchen Rathſchluſſe, 637. u. f. S. 3. 495.
. . die Kinder aber der Mutter vermöge des SCti Orphitiani, 640. S. 446.
. . nach den Agnaten erben die Gentilen, 642. S. 496.
. . der Prätor ließ auch die Cognaten zur Erbſchaft, 643. S. 497.
. . wie die Grade in der Succeſſionslehre gezählt werden? 644. S. 498.
. . ob die Sclavenverwandſchaft ein Erbrecht gebe? 645. S. 499.
. . von der Succeſſion des Patrons. S. 647. u. f. S. 500.
. . allgemeine Grundſätze der neueſten Inteſtaterbfolge, 681. S. 511.
. . der Unterſchied zwiſchen Agnaten und Cognaten fällt weg. Ebendaſ.
. . die Emancipirte erben mit den ſuis. Ebendaſ. 686. S. 517.
. . Schwägerſchaft giebt kein Erbrecht ab inteſtato. Ebendaſ.
. . vom Repräſentationsrechte, 582. S. 513.
. . die Succeſſion geht entweder auf Köpfe oder Stämme. Ebendaſ.
. . oder auf Linien. 682. S. 20.
. . zwey Fragen bey der Inteſtatſucceſſion, 683. S. 514.
. . vier Claſſen der Verwandten, 684. S. 514. u. f.
. . Perſonen der erſten Claſſe. 685. u. f. S. 516. u. f.
. . von Kindern aus verſchiedenen Ehen. 687. S. 517. u. f.
. . von legitimirten Kindern. 688. S. 518.
. . von der Erbfolge der Adoptivkinder. 689. S. 519.
. . von unehelichen Kindern, 690. S. 520. u. f.
. . wie wird in der erſten Claſſe ſuccedirt? 691. S. 521.
. . wer gehört in die zweyte Claſſe? 692. S. 522.
. . welche Perſonen ſind in dieſer Claſſe ſucceſſionsfähig? 693. S. 523.
. . wie wird in dieſer Claſſe ſuccediret? 694. u. f. S. 524.
. . Perſonen der dritten Claſſe 697. S. 527.
. . wie wird hier ſuccedirt? 699. S. 529.
Inteſtaterbfolge, Erben der vierten Claſſe. 700. S. 530.
. . Perſonen, die aus beſondern Gründen erben, 701. S. 532.
Intextura. 317. S. 242.
. . modus adquirendi. 318. S. 243.
Inuentarium hereditatis. 549. S. 438.
Inuentio, modus adquirendi. 304. S. 233.
Irnerius, ob er die authenticas gemacht? 13. S. 21.
Irrthum bey Verträgen. 734. S. 557.
Iter. 364. S. 276.
Jude, ſoll keine Chriſtin heyrathen, 126. S. 122.
. . jüdiſcher Sclave wurde frey, wenn er die chriſtl. Religion annahm 75. S. 78.

Judenschaft, ob sie zum Erben ernennt werden könne? 486. S. 382.
Iudices, wer sie waren? 1128. S 789.
Iudicium, was es ist? 1227. S. 832.
. . Personen desselben, 1228. S 833.
. . *Iudicia duplicia*, 1229. S. 833.
. . *possessorium*, 1217. S. 827.
Julians epitome nouellarum. 11. und 12. S. 19.
Iura bannaria. 351. S. 267.
Iura singularia. 48. S. 50.
Iuris consulti, s. Rechtsgelehrten.
Jurisdiction, was sie ist nach römischem Recht? 1231. S. 834.
. . Grundsätze davon. 1232. S. 834.
. . sie ist entweder propria oder mandata. 1233. S. 835.
. . entweder ordinaria oder prorogata. 1234. S. 835.
. . was man heutigestages darunter versteht, und wie sie eingetheilt wird? 1236. S. 836.
Iurisprudentia s. Rechtsgelehrsamkeit.
. . *heuristica*, was sie sey? 26. S. 35.
Ius, was dieses Wort bedeute? 18. S. 30.
. . *accrescendi* in hereditate. 494. S. 396. in legatis. 580. S. 460.
. . *Albinagii*, 91. S. 85.
. . *civile*, Bedeutungen dieses Wortes, 30. S. 38. 31. S. 39. 35. S. 39.
. . *deliberandi*, s. *beneficium deliberandi*.
. . *gentium*, was die Römer darunter verstehen? 30. S. 38.
. . *honorarium*, 51. 52. S. 53.
. . *in re, ad rem, possessionis, occupandi*, 280. S. 211.
. . *naturae*, was es bey den römischen Juristen heisse? 30. S. 38.
. . *singulare* s. *iura singularia*.
. . *trium liberorum*. 638. S. 495.
. . *postliminii*, 303. S. 233.
. . *repraesentationis*, 682. S. 513. s. auch Repräsentationsrecht.
. . *retentionis*, 283. S. 216.
. . s. Recht.
Iussus, was er ist. 1141. S. 797.
Justinian, wer sein Leben beschrieben? 3. S. 4.
. . war von niedriger Herkunft. Ebendas.
. . wie er zum Thron gelanget? Ebendas.
. . soll von Justin adoptirt worden seyn. Ebendas.
. . wird von Procop gelobt und getadelt. Ebendas.
. . dessen Fehler, 3. S. 5.
. . ob er lesen und schreiben gekonnt? Ebendas.
. . seine Heldenthaten, 4. S. 6.
. . seine Titulatur, 4. S. 6.
Justinianeisches Recht gilt in Deutschland angenommen. 15. S. 24.
. . wie ist es angenommen? 17. S. 29.
Justin, der Kaiser, 3. S. 4.
Iustitia, s. Gerechtigkeit.

K.

Kauf, was er ist? 862. S. 646.
. . dessen wesentliche Eigenschaften. 863. S. 647.
. . wann er zur Vollkommenheit gelangt ist? 864. S. 647.
. . erfordert freye Einwilligung, 865. S. 647.
. . welche Dinge ein Gegenstand desselben seyn können? 866. S. 648.
. . welche nicht? 867. S. 649.
. . vom Kaufschillinge. 868. S. 650.
. . geschieht entweder auf gewisses Maaß, oder in Bausch und Bogen. 669. S. 651.

Kauf, Erfordernisse des Kaufschillings. 870. S. 651.
. . von der Verletzung. Ebendas.
. . Verbindlichkeit, welche aus dem Kauf entsteht. 871. S. 655.
. . wer trägt die Gefahr? 872. S. 655.
. . Verträge, welche dem Kauf angehängt werden. 873. u. f. S. 656.
. . in wie weit er ein Eigenthum wirke? 338. S. 257.
Ketzer, ob sie testiren können? 470. S. 366.
. . was ein Ketzer sey, 478. S. 375.
. . ob sie zum Erben ernennt werden können? 486. S. 382.
Kinder, vom termino legitimae natiuitatis derselben, 107. S. 98.
. . von dem ihnen zukommenden stillschweigenden Pfandrechte, 719. S. 544.
. . uneheliche, haben leuis notae maculam, 62. S. 67.
. . Gattungen der unehelichen Kinder 137. S. 131.
. . ob sie können zu Erben eingesetzt werden? 487. S. 384.
. . welche ab intestato erben, 690. S. 520.
. . entschuldigen von der Tutel. 240. S. 191.
. . s. infans, väterliche Gewalt. Enterbung, *sui heredes*, Legitimation.
Kindermord. 1261. S. 816.
Kirche, erbt den Geistlichen. 703 S. 533.
Kirchen, von deren Erbeinsetzung, 485. S. 381.
Kirchengüter, 269. S. 204.
. . von deren Verjährung 404. S. 309.
Kirchenraub, 1270. S. 847.
Kläger, 1229. S. 833.
Klage, was sie ist? 1088. S. 771.
. . sie sind entweder petitorische oder possessorische. 1089. S. 772.
. . benennte oder unbenennte, die unbenennte entweder in factum, oder praescriptis verbis, oder condictiones ex lege. 1090. S. 772. u. f.
. . entweder civiles oder praetoriae, 1091. S. 773.
. . entweder praeiudiciales, oder personales, oder reales. 1092. S. 774.
. . von den mixtis. Ebendas.
. . Verzeichnis der Präjudicialklagen. 1093. S. 775
. . von den Realklagen, 1094. S. 775.
. . von ihrer Natur, 1095. S. 776.
. . Verzeichnis derselben, 1096. S. 777.
. . von Personalklagen, 1097. 1098. S. 777.
. . actiones in rem scriptae. Ebend.
. . die actionales personales sind entweder datiuae, oder natiuae. 1099 u. f. S. 778
. . von den datiuis, 1100. u. f. S. 779 u. f.
. . von den natiuis. 1103. u. f. S. 780.
. . aus den pactis legitimis und adjectis. 1104. S. 780.
. . aus den pactis praetoriis. 1105. S. 781.
. . aus dem Eyde. 1106. S. 781.
. . aus den Realcontracten, 1103. S 781.
. . aus den Verbal- und Literalcontracten, 1109. S 782.
. . aus den Consensualcontracten 1110. S. 782.
. . aus den ungenannten, 1111. S. 782.
. . aus den Quasicontracten, 1112. S. 782.
. . aus Privatverbrechen, 1114. u. f. S. 783. u. f.
. . aus Quasidelicten, 1118 S. 785.
. . sind entweder rei persecutoriae, oder poenales, oder mixtae 1119. S. 886.

Klage, von den rei perſecutoriis. 1120. S. 786.
. . von den poenalibus, und mixtis, 1121. S. 786.
. . von Popularklagen 1119. S. 786.
. . die Klagen gehen entweder auf das ſimplum, oder duplum, oder triplum, oder quadruplum, 1122. u. f. S. 787.
. . auf das ſimplum gehende 1123. S. 787.
. . auf das duplum. 1124. S. 787.
. . auf das triplum. 1125. S. 787.
. . auf das quadruplum, 1126. S. 788.
. . vom heutigen Gebrauch der Pönalklagen. 1127. S. 788.
. . die Klagen ſind entweder ſtricti iuris oder bonae fidei. 1128. u. f. S. 788. u. f.
. . von den actionibus arbitrariis. 1133. S. 793.
. . die Klagen gehen entweder auf das ſolidum oder nicht. 1136. S. 794.
. . von den actionibus adiectitiae qualitatis. 1142. u. f. S. 797.
. . von ihrer Verjährung 1182. u. f. S. 810. u. f.
. . ſind entweder perpetuirliche oder temporelle. 1183. S. 811.
. . wie lange dauren die Realklagen, inſonderheit die Vindikationsklage? 1184. S. 811.
. . die confeſſoria und negatoria. 1185. S. 813.
. . die hypothecaria, 1186. S. 813.
. . die Erbklage. 1187. S. 814.
. . die actiones in rem ſcriptae. 1188. S. 814.
. . die perſonales rei perſecutoriae, 1188. S. 814.
. . die Pönalklagen aus Privatdelicten 1190. S. 815.
. . die peinliche Anklagen, 1191. S. 815.
Klage, welche Klagen gehen auf die Erben und gegen ſie? 1192. u. f. S. 816.
. . aus dem Familienzuſtaud, 106. S. 96.
. . die ſich auf den ehelichen Zuſtand beziehen, 129. S. 125. u. f.
. . Deſertionsklage, 129. S. 125.
. . Divortionsklage, 129. S. 125.
. . Nullitätsklage eines Ehegatten. 129. S. 125.
. . wegen des Brautſchatzes, 134. S. 129.
. . in Anſehung der Dienſtbarkeiten, 388. S. 293.
. . poſſeſſoriſche Eheklage, 129. S. 125.
. . aus dem Erbrechte, 704. S. 534.
Kleider, ob ſie in uſufructu, oder quaſi uſufructu ſind? 274. S. 280.
Knechte und Mägde, freye Menſchen. 70. S. 76.
. . was iſt Rechtens, wann ſie ein Verbrechen begehen? 1167. S. 804.
. . von den römiſchen Knechten ſ. Sclaven.
Könige, römiſche, wer die Fragmente ihrer Geſetze geſammelt. 1. S. 2.
Kranke, Rechte derſelben. 62. S. 65. 66.
. . ſind von der Tutel befreyet, 244. S. 194.
Kriegseroberung, was ſie iſt? 302. S. 231.
Kriegsgefangene ſind Sclaven. 67. S. 72.

L.

Labeo, Uhrheber einer Secte. 7. S. 13.
Landesherr, kann nicht litis cauſſa zum Erben eingeſetzt werden, 487. S. 382.
Landesverweiſung, ob ſie eine capitis deminutio? 192. S. 165.
Longobardiſches Lehnrecht, ſ. Lehnrecht.

Laudemium, 901. S. 675.
Legatarii, haben ein stillschweigendes Pfandrecht, 719. S. 544.
Legatum, siehe Vermächtniß.
Leges, ob in den Pandecten eigentliche leges sind? 6. S. 10.
. . XII tabularum, was sie sind? 1. S. 2.
. . s. Lex.
Legis actio, 56. S. 56.
Legitimation, deren Geschichte, 135. S. 130.
. . was sie ist? 136. S. 130.
. . welche Kinder konnten legitimirt werden? 137. S. 131.
. . ihre Gattungen, 138. S. 132.
. . durch nachfolgende Ehe, 139. S. 132.
. . durch Bestimmung zum Decurionate, 140. S. 133.
. . durch ein landesherrliches Rescript, 141. S. 133.
. . deren Wirkungen. 142. S. 134.
. . heutiger Gebrauch, 143. S. 134.
. . ist eine capitis deminutio. 191. S. 164.
. . von der Succession der legitimirten Kinder, 688. S. 518.
Legulejus, was er sey? 23. S. 32.
Lehn, was man darunter versteht? 14. S. 23.
Lehnrecht, longobardisches, was es sey? 14. S. 23.
. . gilt in Deutschland. 15. S. 27.
. . wie es allegirt wird, 14. S. 23.
Lehrer, öffentliche, sind frey von der Tutel. 243. S. 193.
Leibeigene, ihre Rechte. 70. S. 75.
Leihcontract, s. *Commodatum*.
Lenocinium, 1260. S. 845.
Lenis notae macula. 62. S. 68.
Lex Aelia Sentia, 85. 86 S. 82.
. . Abschaffung derselben, 87. S. 83.
. . *Aquilia* damnum iniuria datum
. . *Atinia* 403. S. 308.
. . centuriata, was es war? 36. S. 42.
. . war unterschieden vom plebiscito? 37. S. 43.
. . woher dieser Namen? 36. S. 42.
. . wie lang dergleichen Gesetze gemacht worden. Ebendas.
. . *Claudia*. 168. S. 151.
. . *Falcidia*. 594. u. f. S. 470.
. . *Fusia Caninia*, 88. S. 83. Abschaffung derselben, 89. S. 83.
. . *Horatia*. 37. S. 43.
. . *Julia de adulteriis*. 1252. S. 843.
. . *Julia & Papia Poppaea*, 36. S. 43. 240. S. 191. 651. S. 8.
. . *Laetoria*. 225. S. 181. 228. S. 184.
. . *Publilia*, 37. S. 43.
. . *regia*, 41. S. 46.
Liberalis causa 84. S. 81.
Libertinus, was er sey? 74. S. 77.
. . Gattungeen der Freygelassenen. 75. S. 78.
. . Rechte der Freygelassenen. 78. 79. 80. S. 79. 80.
Libripens 438. S. 237.
Linie der Verwandten. 116. S. 113.
. . Gerade und Seitenlinie. Ebendas.
. . Seitenlinie ist entweder gleich oder ungleich, 116. S. 113.
Literalcontract, was er ist? 850. S. 636.
. . bey dem Darlehn 851. S. 637.
. . bey dem Brautschatz. 854. S. 639.
. . ob er auch in andern Fällen statt habe? 855. S. 641.
. . heutige Praxis. 858. S. 642. u. f.
Litis contestatio, was sie bey den Römern war. 987. S. 726. Was sie heutiges Tages ist, 1240. S. 840.
. . *Denuntiatio*, 961. S. 708.
Locatio, conductio, s. Miethcontract.
Locator, s. Verpachter.

Luft, wem sie gehöre? 274. S. 207.
. . ist gewissermassen ein Regal. 276. S. 208.

M.

Magister navis, 1146. S. 798.
. . *officiorum*, was es war? 5. S. 8.
Magistratus, was es heisse? 51. 52. S. 53.
. . von ihren Edicten s. edicta.
. . sind frey von der Tutel. 243. S. 193.
. . provinciales können keine Provincialin heyrathen. 126. S. 122.
. . was sie kaufen konnten? 865. S. 647.
Magistri militum 155. S. 143.
Majestätsrechte, wer sie im römischen Staat ausübte? 38. S. 44.
Majestatis laesae crimen. 1237. S. 843.
Majorennität, wann sie nach römischem Recht anfängt. 228. S. 284.
. . nach deutschen Gesetzen. 230. S. 284.
Mancipatio 279. S. 211.
Mandaten, kaiserliche, 43. S. 47.
. . was man heutiges Tages darunter versteht. 59. S. 62.
Mandatum ein Contract, was er ist? 918. S. 685.
. . Eintheilungen desselben. 920. u. f. S. 686 u. f.
. . Wesen dieses Contractes. 925. S. 688.
. . von der Verbindlichkeit des Bevollmächtigten. 926. S. 689.
. . wie es aufhört? 927. S. 690.
. . Klagen, welche aus diesem Contract entstehen. 929 u. f. S. 691.
. . von der Wirkung dieses Contractes in Ansehung eines dritten. 932. S. 692.
Manes, 264. S. 202.
Manichäer können nicht testiren. 470. S. 366.
Manumission, was sie ist? 75. S. 78.
. . Gattungen derselben. 76. 77. S. 79.
Manus mariti, was es war? 128. S. 124.
Mater familias, was es bey den Römern hies, 128. S. 125.
Matrimonium conscientiae. 113. S. 106.
. . *ad morganaticam*, 113. S. 107.
. . *putativum*, 114. S. 108.
. . s. Ehe.
Matrona, Bedeutung dieses Wortes bey den Römern. 128. S. 125.
Meer, Streit über dessen Eigenthum. 276. S 209.
Mensch, Definition desselben 61. S. 63.
Merces, wie er vom honorario unterschieden? 773. S. 599.
Miethcontract was er ist? 881. S. 661.
. . dessen Gattungen 882. S. 662. u. f.
. . operae liberales sind kein Gegenstand desselben. 882. S. 662.
. . wesentliche Eigenschaften dieses Contractes. 883. S. 663.
. . dessen Aehnlichkeit mit dem Kauf. Ebendas.
. . von welcher Zeit an er vollkommen ist? 884. S. 663.
. . wer kann diesen Contract schliessen? 885. S. 663.
. . Gegenstände desselben. 886. S. 664.
. . vom Miethgeld. 887. 888. S. 665. u. f.
. . Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen. 889. 890. S. 667. u. f.
. . ob Kauf Miethe bricht? Ebend. S. 668.
. . von der Relocation. 891. S. 669.
. . Klagen, die daraus entstehen. 892. u. f. S. 670.

Militia, sagata & togata, 427. S. 330. s. auch Soldaten.
Minderjährige, was sie sind? 62. S. 66.
" " stehen unter der Curatel, s. Curatel.
" " können nicht Vormünder werden, 245. S. 194.
" " ob sie ihre Sachen veräussern können? 227. 419 S 183. 324.
" " ob es der Vormund kann? 421. S. 328.
" " können testiren, 467. S. 365.
" " haben ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen des Pflegers, und des Stiefvaters, 719. S. 544.
" " auch was Jemand etwas mit ihrem Gelde erkauft. Ebendas. und S. 545.
Minderjährigkeit, eine Ursache der restit. in integrum, 1009 S. 143.
Moderamen inculpatae tutelae, 1047. S 756.
Modus adquirendi, was er sey? 293. S. 225.
" " ist entweder naturalis oder civilis, 294. S. 226.
" " der natürlichen Erwerbungsarten sind vier, 295. S. 226.
" " adquirendi civiles universales, 391. S. 295.
" " singulares, 392. S. 296.
" " *tollendi obligationem*, s. Verbindlichkeit.
Mönche, können nicht Vormund werden, 245. S. 195.
" " ihnen ist die Ehe verboten, 126. S. 123.
Monstrum, was es sey? 61. S. 63.
Mores maiorum, 57. S. 58.
Mora solvendi, accipiendi, 755. S. 581.
" " von ihren Wirkungen, 760. S. 587.
" " nocua, Ebendas.
Morbus sonticus, 244. S. 194.
Mors civilis, 187. S. 163.
Mortis causa, *capio*, 409. S. 314.
Mündel, 167. S. 150.
Mündigkeit, was sie ist, und wie vielerley? 62. S. 66.
" " wann sie anfängt? 217. S. 177.
Münzveränderung, 768. S. 595.
Municipia, 140. S. 133.
Munus publicum, *personale* und *reale*, 167. S. 150.
Mutter, ob sie die väterliche Gewalt in Deutschland habe? 104. S. 94.
" " von ihrem Erbrecht, 637. u. f. S. 495. u. f.
Mutuum, s. Darlehn.
Mutuus dissensus, 999. u. f. S. 733.

N.

Nacheile, Nachsetzung, 301. S. 231.
Name, guter, böser, 62. S. 67.
Nascituri, s. Embryonen.
Naturales liberi, 137. S. 131.
Naturalia pacti, 732 S. 556.
Negotiorum gestio, was sie ist, 936. S. 695.
" " von der Verbindlichkeit des negotiorum gestoris, 937. S. 695.
" " Verbindlichkeit des domini negotiorum, 938. S. 697.
" " Klagen, welche daraus entstehen, 939. u. f. S. 698
Niesbrauch, s *ususfructus*.
Notarius, dessen Nutzen bey Testamenten, 450. S. 249.
Nothi, 137. S. 131.
Novation, was sie ist, und wie vielerley? 986 u. f. S. 724. u. f.
" " wann sie ohne Delegation geschieht. 988 S. 726.
" " ihre Wirkungen, 991. S. 729.
Novellen Justinians, was sie sind? 11. und 12. S. 18. u. f.

Novellen, wer hat unsere Sammlung gemacht? Ebendas.
» » wie alt unsere Sammlung sey? Ebendas. S. 18.
» » von der Originalsprache dieser Novellen. Ebendas.
» » Uebersetzungen derselben. Ebendaselbst.
» » von der epitome Iuliani. Ebendas.
» » warum die Novellen authenticae heisen? Ebendas.
» » welche Novellen Uebersetzung gilt in Deutschland? Ebendas. S. 19.
» » wie die Novellen allegirt werden? S. 20.
» » in wie weit sie in Deutschland gelten? 15. S. 26.
» » gehen allen andern Gesetzen in corp. iuris vor, 16. S. 28.
» » des K. Leo. 14. S. 22.
» » gelten in Deutschland nicht. 15. S. 25.
Noxa und *noxia*. 1163. S. 803.
Noxae datio der Kinder. 101. S. 92.
Nuptiae. 112. S. 103.

O.

Obiecta iuris. 60. S 62.
Oblatio curiae. 140 S. 133.
- - *& depositio debiti*. 982. u. f. S. 722
Obligatio, s. Verbindlichkeit.
Occupation, was sie ist? 296. S. 227.
» » Grundsätze derselben. 297. S. 228.
» » Satzungen. 298. S. 228.
Occupatio bellica. 302. S. 231.
Oeconomia separata. 163 S. 148.
Oerter, heilige 271. S 205.
Operae officiales und fabriles. 82. S. 80
» » *servorum*, servitus. 386. S. 292.
Ordinis beneficium. 836. S. 626.
Orthodox, was ein orthodoxer Christ ist. 478. S. 375.
» » s. auch Ketzer.

P.

Pacht, s. Miethcontract.
Pacta, wie sie von den Contracten unterschieden sind? 745. S. 572. u. f.
s. Verträge.
- - nuda, nonnuda, legitima, Praetoria, adiecta. 747. S. 574.
Pactum addictionis in diem. 875. S. 659.
- - *antichreticum*. 795. S. 610.
- - *commissorium* in emtione. 875. S. 659.
- - in pignore. 420. S. 326.
- - *constituti possessorii*. 874. S. 658.
- - *fiduciae*. 747. S. 574.
- - *protimiseos*. 874. S. 658.
- - *de quota litis*. 747. S. 574.
- - *remissorium*. 998. S. 732.
- - *de retrovendendo*. 873. S. 656.
» » s. Vertrag.
Pandecten, was sie sind. 6. S. 9.
» » woher sie ihren Namen haben? Ebendas.
» » von ihren Quellen. Ebendas.
» » aus welchen Rechtsgelehrten sie gesammelt worden? Ebendas. und S. 10.
» » von ihrer Originalsprache. Ebendas. S. 10.
» » wie sie abgetheilt sind? Ebendas.
» » wie der Text von den Compendien verschieden? Ebendas.
» » von deren Ausgaben. Ebendas. S. 11.
» » von der Art sie zu allegiren. Ebendas.
» » ob sie älter als die Institutionen. 9. S. 15.
» » gelten in Deutschland als ein Gesetzbuch. 15. S. 25.

Pandecten, was ist Rechtens, wann sie den Institutionen widersprechen? 16. S. 28.
Pater, diesen Titel geben die römische Kayser ihren Vorfahren. 3. S. 4.
Patricien römische, was sie waren. 36. S. 42.
» » K. Constantins. 155. S. 142.
Patrimoniales res, s. res dominicae.
Patrimonium universitatis. 275. S. 208.
Patrocinium Fisci, 155. S. 143.
Patron, erbt den Freygelassenen. 647. u. f. S. 500.
Patronatrecht. 81. 82. S. 80.
Pauperies. 1168. S. 804.
Pecades, was die Juristen darunter verstanden? 1051. S. 758.
Peculatus. 1270. u. f. S. 847.
Peculium der Kinder nach altem römischen Recht. 425. S. 329.
» » nach den neuen Gesetzen. 426. S. 330.
» » was ist peculium castrense? 427. S. 330.
» » was ist quasi castrense? 428. S. 331.
- - profectitium? 429. S. 331.
- - adventitium? 430. S. 332.
» » Rechte des peculii militaris. 431. S. 332.
» » des profectitii. 432. S. 332.
» » des adventii. 434. S. 333.
» » vom peculio adventitio irregulari. 434 S. 334.
Peculia militaria und *adventitia* werden nicht conferiret. 710. S. 538.
Pecunia, s. Geld.
Pegasianer. 7. S. 13.
Pellicatus. was er ist? 113. S. 106.
Peregrini. 90. S. 84.
Permutatio. 802. S. 613.
Person, was sie sey? 61. S. 63.
» » physische und moralische. Ebendas.
Pertinenzstücke, was sie sind? 879. S. 660.
Pfändung, was sie ist? 1172. S. 806.
Pfand, drey Bedeutungen dieses Wortes, 712. S 540. u. f.
» » wie Faustpfand und Hypothek unterschieden sind. Ebendas.
» » dreyerley Bedeutungen des Worts Hypotheck. Ebendas.
» » ist entweder pignus voluntarium, oder necessarium. 714 S. 541.
- - conventionale, oder testamentarium. Ebendas.
- - expressum oder tacitum. Ebendas.
- - legale, oder praetorium, oder iudiciale. 715. S. 542.
- - publicum, oder privatum. 716. S. 542.
- - generale, oder speciale. 717. S. 543.
- - simplex, oder qualificatum. 718. S. 544.
» » Verzeichniß der legalischen, und der privilegirten Pfandrechte. 719. S. 544. u. f.
» » von dessen Veräusserung. 420. S. 326.
Pfandcontract, was er ist? 791. S. 608.
» » Grundsätze dabey. 792. S. 608.
» » für welche Schuld ein Pfand gegeben werden könne? 793. S. 608.
» » wann die Schuld getilgt ist, muß das Pfand zurückgegeben werden. Ebendas.
» » welche Sachen man verpfänden könne? 794. S. 609.
» » darf der Gläubiger das Pfand gebrauchen? 795. S. 510.
» » welche culpa wird in diesem Contract geleistet? 796. S. 510.
» » Klagen, die daraus enestehen. 797. u. f. S. 510. u. f.

Pfandrecht, wie es aufhöre. 720. S. 547.
, , dessen Wirkungen. 721. S. 548.
Pfalzgrafen, legitimiren uneheliche Kinder. 143. S. 135.
Pflanzen, ein modus adquirendi. 325. u. f. S. 248. u. f.
Pflegbefohlne. 167. S. 150.
Pflichten, sind entweder Zwangs-, oder Liebespflichten. 20. 21. S. 31.
Pflichttheil, wer ihn fordern kann. 473. S. 368.
, , wie er verlassen werden müsse. S. 370.
Pia causa. 463. S. 361.
Pictura, modus adquirendi. 317. 318. S. 243. u. f.
Pignus, s. Pfand.
Pignoratio, was sie ist? 1172. S. 806.
Plagium. 1272. S. 848.
Plantatio, modus adquirendi. 325. u. f. S. 248. u. f.
Plebiscita, was sie waren? 37. S. 43.
, , wie sie von den legibus centuriatis sich unterscheiden. Ebendas.
Plebs, römischer, was er war? 36. S. 42.
Poena capitalis, 187. S. 163.
Poenae secundarum nuptiarum. 111. S. 102.
Poenitentia, war in den unbenannten Contracten erlaubt. 801. S. 612.
, , ob dieß heutigestages noch statt habe? Ebendas.
Pollicitation. 725. S. 559.
Polygamie, s. Ehe.
Pompejus, will ein corpus iuris verfertigen lassen. 2. S. 3.
Possession, s. Besitz.
Possessionsrecht, s. Besitz.
Possessor bonae fidei, in wie weit ihm die Früchte gehören? 331. u. f. S. 252. u. f.
Possessorium constitutum, s. constitutum.
Possessorium iudicium, 1217. S. 826.
Postliminium, s. ius postliminii.
Postumus. 175. 517. 530. S. 155. 411. 422.
Potestas, s. Gewalt.
Praecepta iuris. 29. S. 37.
Praedium urbanum, *rusticum* in der Lehre vom Pfandrechte des Verpachters. 719. S. 545.
, , in der Lehre von den Servituten. 350. S. 265.
- - dominans und serviens. 349. S. 265.
Praefectus praetorio. 155. S. 143.
, , *urbi*. 155. S. 143.
Praelegatum, s. Vermächtniß.
Praescriptio, s. Verjährung.
Praesens in praescriptione, 400. S. 305.
Prätor, was er war? 36. S. 42.
, , die Prätoren bringen neue Rechtssätze auf. 62. S. 64.
Precarium, was es ist. 771. S. 598.
Primipilus. 719. S. 546.
Privilegien, was sie sind? 48. S. 49.
, , wie vielerley? Ebendas. und 49. S. 51.
, , wer sie ertheilt. 50. S. 52.
Proceß, dessen wesentliche Stücke. 1240. S. 840.
Proceßkosten, wer sie trägt. 1226. S. 832.
Procurator, gerichtlicher, was er ist? 1174. S. 807.
, = wer kann einen bestellen? 1175. S. 806.
, = wie ist er vom Advocaten unterschieden? 1176. S. 808.
, = von der Caution de rato. 1177. S. 808.
, , ob heutigestages die Procuratoren *domini litis* sind? 1178. S. 809.
Proconsules. 52. S. 53.

Proculejaner. 7. S. 13.
. . ſtreiten mit den Caſſianern über die Beſtimmung der Mündigkeit, 217. S. 177.
. . über die Specification. 321. 322. S. 245. u. f.
Prodigus, ſ. Verſchwender.
Promiſſio operarum a liberto facta. 804. S. 614.
Promulgatio legis. 36. S. 42.
Proprietas, was ſie iſt? 287. S. 220.
Provinzen, deren Verwaltung hieng vom Senat ab. 38. S. 44.
Provocatio ex L. ſi contendat. 841. S. 631.
Pubes, pubertati proximus. 62. S. 66.
Publicanus. 881. S. 662.
Pupillen, was ſie ſind? 167. S. 150.
. . wie und wann ſie verbunden werden. 209. S. 174.
. . ſ. auch Unmündige.

Q.

Quadrans hereditatis, 489. S. 386.
Quadrupedes, 1051. S. 758.
Quarta falcidia. 594. u. f. S. 470.
. . ob der Erbe nach dem Naturrecht die lagata ohne Abzug zahlen müſſe? 727. S. 552.
. . Pegaſiana 611. u. f. S. 480.
. . Trebellianica, 614. u. f. S. 482. u. f.
Quaſi, was dieſes Wort bey den Juriſten bedeute. 251. S. 198.
Quaſi adfinitas, 115. S. 112.
. . welche Ehen um derſelben willen verboten ſind? 125. S. 121.
Quaſibeſitz, 281. S. 212.
Quaſicontract, 748. S. 575.
. . was ſie ſind? 933. 934. S. 693.
. . Verzeichniß derſelben, 935. S. 694.
Quaſidelictum, ſ. Verbrechen.
Quaſiemancipation. 163. S. 148.
Quaſitraditio, ſ. Uebergabe.
Quaſiuſusfructus. ſ. Uſusfructus.
Querela inofficioſi, was ſie iſt? 532. S. 423.
. . was iſt ihre Wirkung, und wann fällt ſie weg? 535. S. 425.
. . non numeratae pecuniae. 853. S. 639.
. . nullitatis. 344. S. 261.
. . gegen ein Teſtament. 525. S. 418. 535. S. 425.
Quincunx hereditatis, 489. S. 386.
Quittung. ſ. Apocha.

R.

Rabuliſt, was er ſey? 22. S. 32.
Raſende, ſ. Blödſinnige.
Rath, römiſche, ſ. Senat.
. . *Conſilium*, in wie fern er verpflichtet? 919. S. 686.
Rathſchlüſſe, ſ. Senatusconſulta.
Raub, was er iſt? 1037. S. 752.
. . Vergleichung des Raubes und Diebſtahls. 1038. S. 752.
. . hat nur bey beweglichen Sachen ſtatt, 1039. S. 752.
. . und bey Sachen, die man nicht für ſein eigen hält, 1040. S. 752.
. . auf den Werth der Sache kommt nichts an, 1041. S. 753.
. . Klagen gegen den Räuber, 1042. S. 753.
. . von der peinlichen Strafe des Raubes, 1042. S. 754.
. . heutiger Gebrauch, 1044. S. 754.
Reatus, was er iſt, 1012. S. 745.
Redemptor operis, 882. S. 662.
Receptio in nauem, quaſi contractus, 1084. S. 770.
Recht, Bedeutung dieſes Wortes, 18. S. 30.
. . deſſen Eintheilungen nach römiſchen Begriffen, 30. S. 38.
. . nach heutigen, 31. S. 38.

Recht ist entweder Natur- oder Positivrecht. S. 38.
. . entweder eigentliches Natur- oder Völkerrecht. S. 39.
. . entweder göttlich oder menschlich. 32. S. 39.
. . das göttliche entweder allgemeines, und besonderes. Ebendas. S. 39.
. . entweder Staats- oder Privatrecht 33. S. 40.
. . entweder geschriebenes oder nicht geschriebenes, 34. S. 40. u. f.
. . Gattungen des geschriebenen Rechts bey den Römern, 35. S. 41.
. . und des ungeschriebenen Rechts. Ebendas.
. . von den nicht geschriebenen, s. Gewohnheitsrecht.
. . der Sachen ist entweder dingliches oder persönliches oder Possessionsrecht, oder Recht, zu occupiren. 280. S. 211.
. . Unterschied des dinglichen und persönlichen. 284. S. 217.
. . Grundsätze vom dinglichen Rechte, 285. S. 218.
. . Gattungen desselben. 286. S. 218.
Rechtsgegenstände, 60. S. 62.
Rechtsgelehrsamkeit, was sie ist? 22. S. 32.
. . elegante, was sie sey. 24. S. 33.
Rechtsgelehrten, römische, ob sie Stoiker gewesen. 27. S. 36.
. . erklären die Gesetze, 54. S. 55.
. . ihre Meynungen bekommen gesetzliches Ansehen. Ebendas.
. . August giebt einigen das Recht öffentlich zu respondiren. Ebendas.
. . erfinden viele neue Rechtslehren. 55. S. 55.
Rei vindicatio. 344. S. 261.
. . wer sie anstellt, muß sein Eigenthum beweisen. 344. S. 261.
Reichsacht, 91. S. 85.
Relegatio war keine Capitis deminution 190. S. 164.
. . hebt die väterliche Gewalt nicht auf. 154. S. 142.
Relocatio, 891. S. 669.
Remedium ex L. ult C. de Ed. D. Hadr. toll. 1211. S. 824.
. . *possessorium* sumariissimum und ordinarium, 1217. S. 826.
. . spolii. 1221. S. 828.
Rentmeister, sind frey von der Tutel. 241. S. 192.
Repetundarum crimen, 1273. S. 848.
Replicatio, was sie ist? 1202. S. 820.
Repräsentationsrecht 682. S. 513.
. . hat in der erstern Classe bis ins unendliche statt. 686. S. 516.
Repudiatio haereditatis, 550. S. 440.
Repudium, 129. S. 125.
Res, fiscales & dominicae. 398. S. 304.
. . merae facultatis, 395. S. 299.
. . universitatis und patrimonium universitatis. 275. S. 208.
. . s. Sache.
Rescripte, kaiserliche. 44. S. 47.
. . . . gelten nicht wann sie erschlichen werden. 45. S. 48.
. . ob sie allgemeine Gesetze sind? 47. S. 49.
Residuum, crimen de residuis. 1273. S. 848.
Respectus parentelae, 120. S. 117.
Responsa prudentum, ob sie zum geschriebenen oder ungeschriebenen Recht gehören, 35. S. 41.
. . s. Rechtsgelehrte.
Restitutio in integrum, was sie ist, und wie vielerley? 1001. S. 733.
. . von der Restitution aus Civilgesetzen. 1002. S. 734.
. . von der prätorischen. 1003. S. 334.
. . Grundsätze bey der Restitution. 1004. S. 735.
. . von der Restitution ex capite metus. 1005. u. f. S. 736. u. f.
. . ex capite doli. 1007. S. 740.

.. ex capite minoris aetatis, 1009. S. 743.
.. ex clauſula generali. 1009. S. 743.
Retentionsrecht. 283. S. 217.
Retorſion der Injurien. 1073. S. 764.
Rei debendi & credendi, 813. S 618.
Richter, welcher übel urtheilt, begeht ein quaſidelictum. 1077. S. 767.
Ritter des deutſchen und Maltheſerordens dürfen nicht heyrathen. 126. S. 123.
Römiſches Bürgerrecht. 90. S. 84.
.. Geſetzbuch ſ. corpus juris.
.. Recht ſ. Juſtinianiſches Recht.
Rogatio legis, was ſie war? 36. S. 42.
Ruf, ſ. Name.

S.

Sabinianer. 7. S. 13.
.. ſ. Proculejaner.
Sachen, res, was dieſes Wort bey den Juriſten bedeute? 259. S. 201.
.. ſind entweder divini oder humani juris, jene aber ſacrae, oder ſanctae, oder religioſae. 261. S. 201.
.. was ſind res ſacrae? 262. S. 202.
.. Grundſätze von denſelben. 263. S. 202.
.. res religioſae? 264. S. 202.
.. res und perſonae ſanctae? 266. S. 203.
.. Ideen der erſten Chriſten in Anſehung der heiligen Sachen. 268. S. 204.
.. res eccleſiaſticae? 269. S. 204.
.. Sätze des canoniſchen Rechts von den religioſen Sachen. 270. S. 205.
.. proteſtantiſche Begriffe. 271. S. 205.
.. res communes negative tales oder nullius. 273. S. 207.
.. res publicae. Ebendaſ.
.. res univerſitatis. Ebendaſ.
.. res ſingulorum. Ebendaſ.
.. res ſingulares und vniuerſales vniuerſitatis juris & hominis. 278. S. 209.
.. res mancipi, und nec mancipi. 279. S. 210.
.. ſind entweder körperlich oder unkörperlich. 339. 340. S. 258.
.. die unkörperliche ſind zweyerley. 340. S 258.
.. die körperliche ſind nicht im Beſitze, nicht im Eigenthum, und werden nicht tradiret. 341. S. 259.
.. die körperliche ſind entweder beweglich oder nicht. 342. S. 259.
.. die unbewegliche ſind zweyerley, Ebendaſ.
.. ob unkörperliche Dinge zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören? 343. S. 260.
.. Fungibele Sachen. 374. S. 286. 766. S. 593.
Säen, ein modus adquirendi, 325. u. f. S. 248. u. f.
Salvius Julianus, macht das edictum perpetuum. 53. S. 54.
Sanctio pragmatica. 44 S. 48.
Sanctum, was es bedeute? 266. S. 203.
Satio, modus adquirendi. 325. u. f. S. 248. u. f.
Satisdation, was ſie iſt. 231. S. 186.
Schade, was er iſt und wie vielerley? 754. S. 579.
.. den ein Sklav oder Thier thut. 1168. S. 804.
Schatz, von deſſen Erwerbung. 305. S. 234. 307. S. 235.
Scheidung von Tiſch und Bette. 129. S. 125.
Schenkung, was ſie iſt? 408. S. 312.
.. iſt entweder inter vivos oder mortis cauſſa. 409. S. 313.
.. was iſt mortis cauſſa capio? Ebendaſelbſt S. 314.

Schenkung, donatio inter vivos ist entweder simplex oder relata. 409. S. 314.
. . Regeln von den Schenkungen überhaupt. 410. S. 315.
. . von der donat. inter vivos. 411. u. f. S. 316. u. f.
. . von der donat. m. c. 414. S. 320. u. f.
. . kann man sein ganzes Vermögen verschenken? 410. S. 315.
. . können Vater und Kinder ein ander schenken? Ebendas.
. . jede Schenkung unter Lebendigen erfordert Acceptation. 411. S. 316.
. . auch die mortis caussa donatio §. 414. S. 321.
. . von der donatione inofficiosa. 412. S. 317.
. . von der Undankbarkeit des donatarii. Ebendas.
. . von der supervenientia liberorum. Ebendas. S. 318.
. . von dem beneficio competentiae. Ebendas.
. . Ehegatten können einander nichts schenken. 413. S. 319.
. . die Schenkung unter den Lebendigen muß gerichtlich protocollirt werden, wann sie sich über 500 Solidos beläuft. 413. S. 320.
. . Klagen des donatarii, 415. S. 322.
. . von der donatione propter nuptias, 416. S. 322.
Schiffspatron, Rheder. 1146. S. 798.
Schinder, haben levis notae maculam, 62. S. 68.
Schutzrede, s. Exceptio.
Schwägerschaft, was sie ist? 115. S. 108.
. . giebt kein Erbrecht, 681. S. 512.
Sclave, was er ist? 64. S. 70.
. . ist keine Person. 65. S. 71.
. . ist ein Mensch. Ebendas.
. . hat kein caput. Ebendas.
. . werden entweder gebohren, oder nicht. 66. S. 71.
. . wird man entweder nach dem Natur- oder nach dem bürgerlichen Recht, 67. 68. S. 72. u. f.
. . verschiedene Gattungen derselben. 69. S. 74.
. . Rechte der Herren über sie. 94. 95. 96. S. 87.
. . heutiger Gebrauch dieser Rechte, 97. S. 88.
. . in wie weit man durch sie erwerben kann, 423. S. 328.
. . von ihrem peculio, 425. S. 329.
. . können nicht testiren, 565. S. 362.
Sclaverey, was sie ist? 64. S. 70.
. . gerechte und ungerechte, 68. S. 73.
. . heutige. 70. S. 75.
Scriptura, modus adquirendi, 317. u. f. S. 242. u. f.
Scotatio, 336. S. 256.
Secten der Juristen. 7. S. 13.
Sectio bonorum. 675. u. f. S. 510.
Secundae nuptiae. 111. S. 101.
Selbsthülfe, s. *Decretum D. Marci*.
Semis hereditatis. 489. S. 386.
Senat, römischer, was er war? 38. S. 44.
. . seine Rechte. Ebendas.
. . ob er Gesetze machen konnte? Ebendas.
Senatus consulta, was sie waren? 38. S. 44.
. . unter den Kaisern. 39. S. 45.
. . heissen auch iura orationibus Principum constituta. 40. S. 45.
. . wann sie aufgehört? Ebendas.
. . ob es dergleichen heutiges Tages gebe? 59. S. 62.
. . *Claudianum*. 677. u. f. S. 511. u. f.
. . *Macedonium*. 104. S. 94. 1159. 1160. S. 802. u. f.

Senatus consulta, Orphitianum. 640. S. 481.
. . *Pegasianum.* 612. S. 481.
. . *Tertullianum,* 637. S. 495.
. . *Trebellianum.* 610. S. 480.
. . *Velleianum.* 838. S. 627.
Seperatio quoad thorum & mensam, s. Scheidung von Tisch und Bette.
Sequestrum, was es ist? 786. S. 605.
. . Klagen daraus. 790. S. 607.
Serui adscriptitii. 69. S. 74.
. . *coloni,* 69. S. 74.
Servire bona fide. 64. S. 71.
Seruitus, was sie ist? 64. S. 70.
. . *iusta* und *iniusta,* 68. S. 73.
. . *poenae.* 68. S. 73.
. . ist von Justinian gewissermassen aufgehoben. Ebendas. S. 73.
Servituten, was sie sind? 347. S. 263.
. . sind entweder reales oder personales. Ebendas. S. 281.
. . die personales entweder wesentlich oder zufällig personal. 348. S. 265.
. . praedium dominans und serviens. 349. S. 265.
. . die reales sind entweder urbanae oder rusticae. 349. S. 265.
. . Grundsätze bey den Servituten. 351. S. 266.
. . die Servituten sind entweder affirmativae oder negativae. Ebendas.
. . servitutes in faciendo consistentes. Ebendas.
. . causa servitutum perpetua. Ebendas. S. 258. u. 268.
. . wie die Servituten entstehen? 352. S. 269.
. . von deren Verjährung. Ebendas.
. . ob der Herr des dienenden Grundstückes schuldig ist das Grundstück in brauchbarem Stande zu erhalten? 353. S. 371.
. . sind nicht theilbar, 354. S. 271.
. . servitutes praediorum vrbanorum, 355. S. 271.
. . servitus oneris ferendi. 356. u. f. S. 272. u. f.
. . tigni immittendi. 357. S. 272.
. . proiiciendi & protegendi, 359. S. 273.
. . stillicidii, 360. S. 273.
. . altius tollendi & non tollendi. 361. S. 274.
. . luminum & ne luminibus officiatur. 362. S. 275.
. . prospectus & ne prospectui officiatur. 363. S. 276.
. . itineris, actus, viae. 364. u. f. S. 276. u. f.
. . aquae ductus. 366. S. 278.
. . aquae haustus. Ebendas.
. . pecoris ad aquam adpulsus. Ebendas. S. 278.
. . pascendi. Ebendas.
. . calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, pedamenta sumendi. Ebendas.
. . wie sie erlöschen? 352. S. 270. 368. S. 279.
. . sind entweder simplices oder qualificatae, 368. S. 279.
. . Grundsätze von den persönlichen 369. S. 280.
Servus hereditarius, 483. S. 380.
Sextans hereditatis 489. S. 386.
Sescuncia. 489. S. 386.
Sicilicum, 489. S. 386.
Simulation bey Verträgen. 735. S. 560.
Sippschaftstafeln, 115. S. 109.
Socidae contractus. 889. S. 667.
Societät, was sie ist und wie vielerley? 904. u f. S. 677. u. f.
. . was gehört zum Societätscontract? 910. S. 679.
. . sie kann ungleich seyn. 911. S. 679.

Societät, wer der Gesellschaft Dienste leistet, ist zuweilen socius, zuweilen nur Bedienter der Societät. Ebendas.
" . von der Verbindlichkeit der Gesellschaften. 912. S. 680.
" " von der Erwerbsgesellschaft. 913. S. 681.
" " was ist Societas Leonina? Ebendas. S. 682.
" " wie sie geendigt wird? 914. u. f.
" " von der actione pro socio. 916. 917. S. 685.
Socii liberalitatis principalis. 707. S. 37.
Sohn, s. väterliche Gewalt.
Solarium. 292. S. 225.
Soldaten können keine Vormünder werden. 245. S. 194.
" " von ihrem peculio. 427. 431. S. 330. 332.
" " sollen keine Landgüter pachten. 885. S. 663.
" " können sich nicht verbürgen. 838. S. 628.
" " von ihren Testamenten, s. Testament.
Solidus, wie viel er nach unserer Münze gilt? 413. S. 320.
Solutio, s. Zahlung.
Spadonen, was sie sind, ob sie adoptiren können? 146. S. 137. u. f.
Specificatio, modus adquirendi. 321. S. 243. u. f.
Spielschuld. 727. S. 552.
Spoliam. 1221. S. 828.
Sponsalien, s. Eheverlöbniß.
Spurii. 137. S. 131.
" " ob sie zu Erben eingesetzt werden können? 487. S. 382.
" " ob sie ab intestato erben? 690. S. 520.
Städte, von deren Erbeinsetzung. 485. S. 381.
Stand, *status*, s. Zustand.
Statu liberi, 69. S. 74.
Steuereinnehmer, sind frey von der Tutel. 241. S. 192.
Stipulation, was sie ist? 805. 806. S. 615. u. f.
" " ist entweder certa oder incerta. 807. S. 615.
" " entweder pura, oder conditionata, oder sub die. 808. S. 616.
" " vera oder ficta, s. interpretativa. Ebendas.
" " von der actione ex stipulatu. 809. S. 616.
" " heutiger Gebrauch der Stipulationen. 810. S. 616.
" " der Sclaven. 821. S. 621.
" " Eintheilung in voluntariam & necessariam, und dieser in praetoriam iudicialem und communem, §. 822. 823. S. 621. u. f.
" " von den stipulationibus *aedilitiis*. Ebendas.
" " *Stipulatio Aquiliana*. 996. S. 732.
" " *Stipulationes inutiles*. 832. und f. S. 624. u. f.
Stoiker, ob die römische Rechtsgelehrten Stoiker gewesen? 18. S. 36.
" " von ihren Etymologien. 67. S. 72.
Strafen, der öffentlichen Verbrechen. 1244. S. 842.
Standrecht, 307. S. 236.
Studierkosten, werden nicht conferiret. 710. S. 539.
Stupide, deren Rechte. 62. S. 65.
" " können testiren. 467. S. 364.
Stuprum. 1258. S. 845.
Subnotationes. 44. S. 47.
Substitutio, was sie ist und wie vielerley? 495. u. f. S. 396. u. f.
" " wer kann vulgariter substituiren? 499. S. 398.
" " doppelter Fall dieser Substitution. 500. S. 399.

Substitutio,

Subſtitutio, wer kann ſubſtituirt werden? 501. S. 400.
- - ſubſtitutio reciproca, breviloqua, mutua. Ebendaſ.
- - wie viel der Subſtitut bekommt; er muß den Fall der Subſtitution erleben. 502. S. 401.
- - von der Regel: ſubſtitutus ſubſtituto etiam ſubſtitutus eſt inſtituto. 503. S. 401.
- - was iſt die pupillariſche Subſtitution? 504. S. 402.
- - ihre Grundſätze. 505. S. 403.
- - vom Fundament derſelben. 506. S. 403.
- - ob man den Enkeln pupillariſch ſubſtituiren könne? Ebendaſ.
- - auf wie lange kann man pupillariſch ſubſtituiren? 507. S. 405.
- - iſt ein Teſtament, worin pupillariſch ſubſtituirt wird, ein doppeltes? 508. S. 406.
- - Wirkung dieſer Subſtitution. Ebendaſ. S. 406.
- - muß der Vater, welcher pupillariſch ſubſtituirt, der Mutter den Pflichttheil laſſen? Ebendaſ.
- - wann iſt die Subſtitution ungültig? Ebendaſ.
- - von der ſubſtitutione quaſi pupillari. 509. S. 407.
- - Grundſätze bey derſelben. 510. u. f. S. 407. u. f.

Succeſſio, ſ. Erbſchaft.

Superficies, was ſie iſt? 292. S. 225.

Supplicationes, wurden vom Senat angeſetzt. 38. S. 44.

Suſpenſio, quaſi delictum. 1081. S. 769.

Syngrapha. 850. S. 637.

T.

Taubſtumme, können nicht Vormünder werden. 245. S. 194.
- - ob ſie teſtiren können? 468. S. 365.

Tauſchcontract. 802. S. 613.

Temere litigare, was es iſt. 1224. S. 831.
- - Strafe der verwegenen Litiganten. 1226. S. 832.
- - *Tempus*, utile & continuum. 666. S. 507.

Teſtament, Geſchichte der Teſtamente. 438. S. 337.
- - teſtamentum in calatis comitiis, per aes & libram. Ebendaſ.
- - praetorium. 439. S. 338.
- - ex conſtitutionibus principum. 440. S. 338.
- - Definition des Teſtamentes. Ebendaſ.
- - Erklärung der Definition. 441. u. f. S. 339. u. f.
- - iſt entweder mündlich oder ſchriftlich. 442. S. 340.
- - niemand kann pro parte teſtatus ſterben. Ebendaſ.
- - iſt widerruflich. Ebendaſ. S. 341.
- - iſt entweder publicum oder privatum. 443. S. 341.
- - das privatum entweder ſollenne oder nicht. Ebendaſ S. 341.
- - in ſollennen müſſen alle Feyerlichkeiten bey Strafe der Nullität beobachtet werden. Ebendaſ.
- - dabey iſt unitas actus & temporis nöthig. 444. S. 343.
- - Gegenwart von 7 Zeugen. 445. S. 344.
- - müſſen rogiret. Ebendaſ.
- - und in conſpectu teſtatoris ſeyn. Ebendaſ.
- - wer im Teſtament Zeuge ſeyn kan? Ebendaſ.
- - Erforderniſſe des ſchriftlichen. 446. u f. S. 347. u. f.
- - Sprache des Teſtaments. 448. S. 348.

Testament, Erfordernisse des mündlichen. 449. S. 348.
» » deutsches Recht. 450. S. 349.
» » was sind privilegirte Testamente? 451. S. 350.
» » vom militarischen. 452. S. 350.
» » Grundsätze bey demselben. 453. S. 351.
» » Privilegien des Soldaten in Ansehung der Testamentsmaterie. 454. S. 352.
» » in Ansehung der Form. 455. S. 354.
» » Anmerkungen über das militarische Testament. S. 456. u. f. S. 354. u. f.
» » kann ein filius familias militarisch testiren? 458. S. 356.
» » deutsches Recht. 459. S. 356.
» » vom Testament der Eltern unter den Kindern. 460. S. 357.
» » von den zur Pestzeit verfertigten. 461. S. 359.
» » vom testamento ruri condito. 462. S. 360.
» » von dem, worin eine milde Stiftung oder die Intestaterben eingesetzt sind. 463. S. 361.
» » wer eins machen kann? 464. S. 362.
» » Sclaven und Fremde können es nicht. 465. S. 362.
» » auch kein Bürger, der in feindlicher Gefangenschaft ist, oder capitis deminutionem erlitten hat. Ebendas.
» » ferner kein filius familias. 466. S. 363.
» » oder wer den Gebrauch seines Verstandes nicht hat; Verschwender und Unmündige. 467. S. 364.
» » vom Testament der Taubstummen. 468. S. 365.
» » eines Blinden 469. S. 366.
» » Personen, die zur Strafe nicht testiren können. 470. S. 366.
» » ungültiges, ob es eine natürliche Verbindlichkeit wirke? 719. S. 544.
- - destitutum. 522. S. 417.
- - iniustum. 515. S. 410.
- - inofficiosum, s. querela inofficiosi.
- - irritum. 520. S. 416.
- - nullum. 514. S. 410.
- - rescissum. 523. S. 417.
- - ruptum. 517. u. f. S. 411. u. f.
Theodora, Justinians Gemalin. 3. S. 4.
Theophilus, seine Institutionen Paraphrase. 8. S. 14.
Thiere, sind entweder wild, oder zahm, oder zahmgemacht. 299. S. 228.
Tiberius, giebt dem Senat die gesetzgebende Gewalt. 38. S. 44.
Tignum, 319. S. 243.
Titulus, was er sey? 293. S. 225.
» » bey der Verjährung. 401. S. 306.
- - titulo singulari besitzen. 706. S. 535.
Todschlag, dessen Strafe. 1261. u. f. S. 846.
Tractaten. 735. S. 559.
Traditio, s. Uebergabe.
Transaction, erhält eine Novation. 989. S. 727.
» » s. Vergleich.
Translatio legati, 586. 590. S. 465. 467.
Trauung, priesterliche, s. Ehe.
Tribuni plebis, wer sie waren? 37. S. 43.
Triens hereditatis. 489. S. 386.
Trinundinum. 36. S. 42.
Tripondium. 489. S. 368.
Triumphe, hiengen vom Senat ab. 38. S. 44.
Trödelcontract. 802. S. 613.
Tutela, s. Vormundschaft.

U.

Ueberfall. 328. S. 250.

Uebergabe, was sie ist? 334. S. 244.
» » ist nach dem Naturrecht zur Erlangung des Eigenthums nicht nöthig. Ebendas.
» » Grundsätze derselben. 335. S. 255.
» » von der quasi Tradition. 336. S. 255.
» » von der symbolica. Ebendas. S. 256.
- - traditio longae & brevis manus. Ebendas.
» » in wie weit sie ein dingliches Recht wirket? 337. u. f. S. 256.
» = ein Pupill kann nicht tradiren. Ebendas.
» = von der Tradition an ungewisse Personen 338. S. 257.
Vncia, 489. S 386.
Uneheliche Kinder, s. Kinder.
Unglaubige. 62. S. 64.
» » sollen sich nicht mit Christen verheyrathen. 126. S 122.
Vnio prolium, s. Einkindschaft.
Vniversitas personarum. 273. S. 306.
- - rerum, iuris & hominis. 278. S. 209.
Unmündige, ihre Verbindlichkeit ist von den bürgerlichen Gesetzen zernichtet. 727. S. 552.
» » ob aus ihren Verträgen eine natürliche Verbindlichkeit entstehe? 734. S. 557.
» = haben ein stillschweigendes Pfandrecht auf das Vermögen des Vormundes, und des Stiefvaters. 719. S. 544.
» = deßgleichen, wann jemand etwas mit ihrem Geld erkauft. Ebendas. und S. 545.
» » können nicht testiren. 467. S. 365.
» » s. Mündigkeit.
Untergang der Sache. 984. und f. S. 723.
Unterpfand, s. Pfand.
Uprauda, Justinians Name. 3. S. 4.
Vsucapio, s. Verjährung.
Vsurae, s. Zinsen.
Vsurpatio. 398. S. 303.
Vsus, was er ist 380. u. f. S. 290.
» » Grundsätze davon. 382. S. 290.
» = wie genießt der usuarius die Sache. 383. S. 290.
Vsusfructus, dessen Definition. 371. S. 281.
» » ist entweder formalis oder causalis. Ebendas.
» » welche Nutzungen der Usufructuar ziehe? 372. S. 282.
» » Pflichten des Usufructuars. 373. S. 284.
» » ob man ihm die Caution erlassen könne? 373. S. 384.
» » von dem Quasiusufructu. 374. S. 286.
» » der Usufructuar muß die Beschwerden tragen. 375. S. 287.
» = auf wie vielerley Weise der Niesbrauch bestellt wird. 376. S. 287.
» = wie er aufhört? 377. u. f. S. 289. u. f.
Vti, was es heise? 370. S. 281.

V.

Väterliche Gewalt, nach dem Naturrecht. 99. S. 89.
» = ob sie nach römischem Recht ein Eigenthum war? Ebendas. S. 89.
» » war ein imperium 100. S. 90.
» » und kam dem Eigenthum sehr nahe. 101. S. 90.
» » wie sie durch neuere Gesetze eingeschränkt werden. 102.103. S. 92. 93. 94.
» - deren heutige Beschaffenheit. 104. S. 94.
» » Pflichten des Vaters. 105. S. 96.

Väterliche Gewalt, wie sie aufhört? 152. u. f. S. 141. u. f.
„ = zuweilen verliert sie der Vater zur Strafe. 159. S. 144.
„ „ Wirkungen der Erlöschung der väterlichen Gewalt. 161. 162. S. 145.
„ „ wie sie in Deutschland geendigt wird. 163. S. 147.
Vater, wie er durch die Kinder erwirbt? 425. S. 329.
„ „ wann er aus den Contracten des Sohnes belangt werden kann. 1158. S. 801.
„ „ und aus dessen Verbrechen? 1166. S. 804.
Venatio, modus adquirendi. 299. S. 228.
Veräusserung der Güter eines Minderjährigen was sie erfordert. 210. 227. S. 174. 183.
Verbalcontract, s. *contractus verbalis*.
Verbindlichkeit, was sie ist. 19. S. 30. in römischer Bedeutung. 725. S. 550.
„ „ ist entweder vollkommen oder unvollkommen. 20. S. 31.
„ „ entweder eine blos natürliche, oder blos bürgerliche, oder vermischte. 726. S. 551.
„ „ die natürliche ist entweder zernichtet oder nicht. 727. S. 551.
„ „ Wirkungen dieses Unterschiedes. Ebendas.
„ „ die blos bürgerliche Verbindlichkeit ist entweder wirksam oder nicht. 728. S. 553.
„ „ die vermischte ist entweder mixta praetoria oder mixta civilis.
„ „ sie ist entweder mittelbar oder unmittelbar 730. S. 554.
= „ die mittelbare entsteht entweder aus einem Vertrage oder Verbrechen. 731. S. 555.
= „ wie sie aufgehoben wird. 969. S. 714.
„ „ wann sie ope exceptionis getilgt wird. 970. S. 714.
„ „ und wann ipso iure 971. S. 715.
„ „ Grundsatz von den modis tollendi obligationem propriis. 972. 994. S. 715. 731.
„ „ Gattungen derselben. 995. S. 731.
Verbrechen, was es ist? 1011. S. 744.
„ „ ist entweder verum, oder quasi delictum. 1013. 1076. S. 745. 767.
„ = entweder publicum oder privatum. 1014. S. 744.
„ = entweder ordinarium oder extraordinarium. 1015. S. 745.
„ „ von den Klagen aus Verbrechen. 1016. S. 745.
„ „ Natur derselben. 1017. S. 746.
„ = Unterschied der öffentlichen und Privatverbrechen. 1242. S. 842.
„ „ die öffentliche sind entweder ordinaria oder extraordinaria. 1245. S. 842.
„ „ Gesetze über die öffentliche Verbrechen. 1246. S. 843.
„ „ Quasidelict eines Richters. 1077. S. 767.
„ „ des Herunterwerfens. 1078. S. 768.
„ „ des Aufstellens oder Aufhängens. 1081. S. 769.
„ „ der Wirthe, Schiffer ꝛc. 1084. S. 770.
„ „ der unzeitigen Connivenz und Barmherzigkeit. 1085. S. 770.
„ = der beleidigten Majestät. 1247. und f. S. 843.
„ „ von unnatürlichen Fleischesverbrechen. 1256. S. 844.
„ „ öffentliche, in Italien, wer sie bestraft? 38. S. 44.
Vergiften, 1261. S. 846.
Vergleiche, ob sie eine Gewohnheit beweisen? 58. S. 59.

Vergleiche, über Alimente. 719. S. 544.
" " s. Transaction.
Verjährung; was sie ist? 393. S. 296.
" " deren Geschichte. Ebendas. S. 297. u. f.
" " ist entweder adquisitiva oder exstinctiva praescriptio. Ebendas.
" " Ursache, warum sie eingeführt ist. Ebendas. S. 298.
" " Erfordernisse jeder Verjährung. 394. S. 299.
" " Sachen, welche nicht verjährt werden können. 395. S. 299.
" " von der bona fide. 396. S. 300.
" " vom Besitze. 397. S. 301.
" " von deren Unterbrechung. 398. S. 303.
" " von der Verjährungszeit. 399. u. f. S. 304.
" " vom rechtmäsigen Titel. 401. S. 306.
" " von der Fähigkeit der Sache zur Usucapion. 402. S. 307.
" " von der dreysigjährigen Verjährung. 403. S. 308.
" " von der vierzigjährigen. 404. S. 309.
" " von der hundertjährigen. 405. S. 310.
" " von der unordentlichen. 406. S. 310
" " zuweilen wird eine vollendete Verjährung rescindirt. 407. S. 311.
" " tilgt die Verbindlichkeiten. 993. S. 731.
" " Grund der Extinctivverjährung. 1182. S. 811. s. Klagen.
Verkauf, s. Kauf.
Vermächtniß, wie sind legata und fideicommissa unterschieden? 553 S. 442.
" " vier Gattungen der Legate nach altem römischem Recht. 554. S. 443.
" " neues Recht. 555. S. 443.
" " dreyerley Arten ein Vermächtniß und Fideicommiß zu hinterlassen. 556. S. 444.
" " wer kann legiren. 557. S. 444.
" " wem kann legirt werden? 558. S. 444.
" " was ist praelegatum. Ebendas. S. 445.
" " wem kann ein Legat auferlegt werden? 559. S. 446.
" " welche Sachen können legirt werden? 560. S. 446.
" " auch zukünftige Sachen können vermacht werden. 561. S. 447.
" " und fremde Dinge. 562. S. 448.
" " vom legato nominis und liberationis. 563. S. 448
" " vom legato debiti. 564. S. 450.
" " vom praelegato dotis. 465. S. 458.
" " speciei, partitionis, quantitatis und generis. 566. S. 458.
" " was ist bey dem legato speciei Rechtens? 567. S. 452.
" " vom legato partitionis. 568. S. 453.
- - generis. 569. 571. S. 454. 455.
- - electionis oder optionis. 570. S. 455.
" " von factis legatis. 572. S. 456.
" " von bedingten Vermächtnissen. 574. S. 456.
" " vom legato sub demonstratione. 575. S. 457.
- - sub causa. 576. S. 457.
- - sub modo. 577. 578. S. 458.
- - legata captatoria. 579. S. 459.
- - legata poenae nomine. Ebendas. S. 459. u. f.
- - ius accrescendi in legatis. 580. u. f. S. 460.
- - quando dies legati cedat & veniat? 583. S. 462.

Vermächtniß, wann wird der Legatar Eigenthümer? 584. S. 463.
= = Klagen des legatarii. 585. S. 464.
= = wie die Vermächtnisse benommen und transferirt werden? 586. u. f. S. 465. u. f.
= = legata extincta. 592. S. 468.
= = nulla. Ebendaf. S. 468.
= = pro non scriptis habita. Ebendaf.
= = ereptitia. Ebendaf.
Verordnungen, kaiserliche, ihre Geschichte. 41. S. 45.
= = was sie waren. Ebend.
= = kaiserliche, ihre Eintheilung. 42. S. 46.
Verpachter hat ein stillschweigendes Pfandrecht. 719. S. 545.
Verpfändung, s. Pfand.
Verschwender, stehen unter der Curatel. 224. S. 181.
= = können nicht testiren. 467. S. 364.
= = ihre Verbindlichkeit ist von den bürgerlichen Gesetzen zernichtet. 727. S. 551.
Versus, was dieses Wort bedeute? 6. S. 10.
Vertrag, was er ist, 732. S. 555.
= = ist entweder ein obligatorischer oder liberatorischer. Ebendaf.
= = Grundsätze bey den Verträgen. 733. S. 557.
= = sie erfordert die Einwilligung beyder Theile. 734. S. 557.
= = die Einwilligung muß frey seyn. 735. S. 559.
= = und bestimmt, ebendaf. (2)
= = wechselseitig, ebendaf. (3)
= = aufrichtig, ebendaf. (4)
= = gewiß, ebendaf. S. 62. (5)
= = pacta expressa, tacita. Ebendaf.
= = sie werden von mehreren Personen geschlossen. 736. S. 561.
= = ob Vater und Sohn mit einander contrahiren können? Ebendaf.
= = der Gegenstand der Verträge muß in der Gewalt der Paciscenten seyn. 737. S. 562.
= = von den Verträgen über die Sachen oder das Factum eines dritten. Ebendaf.
= = Erbverträge, ob sie nach römischem Recht gelten? 727. S. 562.
= = pacta super re litigiosa, Ebendaf.
= = kann man zum Vortheil eines dritten pacisciren? 738. S. 564.
= = von bedingten Verträgen. 740. S. 565.
= = sub die. 742. S. 569.
= = Wirkung der Verträge. 743. S. 570.
= = pacta realia & personalia. Ebend.
= = wer ein factum versprochen hat, muß es thun. Ebendaf.
= = die Verträge sind entweder pacta oder Contracte. 745. S. 572.
= = Gattungen des pacti, pacta nuda, non nuda; praetoria, legitima, adjecta. 747. S. 573.
= = von Quasicontracten. 748. S. 575.
= = die wahre Contracte sind mancherley. 749. u. f. S. 575. u. f.
Verwandschaft, was sie ist? 115. S. 108.
= = ist entweder blos natürlich oder blos bürgerlich, oder beydes. 115. S. 111.
= = in der Successionsmaterie werden die Grade nach der Zählungsart des römischen Rechtes gezählt. 644. S. 498.
= = der Sklaven, ob sie ein Erbrecht wirke? 645. 646. S. 499.
Verwundung eines freyen Menschen. 1057. 1060. S. 759. u. f.
Via, 364. S. 276.
Vielmännerey s. Ehe.
Vielweiberey s. Ehe.
Vindication s. *rei vindicatio*.
= = der Kinder 101. S. 92.

Vis fluminis, modus adquirendi. 311. S. 239.
" = publica und priuata. 1268. S. 847.
Vogelfang. 298. S. 228.
Vollmacht. s. mandatum.
Volumen und *Codex* waren verschieden. 5. S. 8.
Vormund darf die Pflegbefohlene nicht heyrathen 126. S. 122.
" = soll keine herrschaftliche Sachen pachten. 885. S. 673.
= " darf mit den Pupillen keine Verträge schliessen. 211. S. 174.
Vormundschaft, zwey Gattungen derselben nach altem römischen Recht. 166. S. 150.
" = die beständige Weibertutel kam in neuern Zeiten ab. Ebendas.
= " Erklärung der pupillarischen Tutel. 167. S. 150.
" = Unterschied derselben von der Tutel. Ebendas.
" " drey Gattungen derselben in Rücksicht auf deren Fundament. 168. S. 151.
= = von der tutela cessitia. Ebendas.
= = ob die Römer die tutelam pactitiam gekannt? Ebendas.
" " wer kann Vormund werden? 169. S. 152.
= = Verschiedenheit der Vormünder in Rücksicht auf ihr Amt. 170. S. 152.
= = wer bekommt einen Vormund. 171. S. 153.
" " was ist die gesetzliche. 182. S. 160.
" " von der gesetzlichen Tutel der Agnaten und Gentilen. 183. S. 161.
= = nach neuern Gesetzen gelangen auch die Cognaten zur Tutel. 148. S. 162.
= " in Deutschland haben die gesetzlichen Vormünder Bestätigung nöthig. 185. S. 162.
" " gesetzliche der Patronen. 193. S. 166.
" " gesetzliche der Eltern. 194. S. 166.
" " von deren heutigem Gebrauch. 195. S. 166.
" = fiduciarische. 196. S. 167.
" " dativa. 197. S. 168.
" = welche Obrigkeiten konnten Vormünder geben. 198. S. 168.
" " in welchen Fällen. 199. S. 169.
= = was ist die Testamentarische?
" = Grund der Testamentarischen Tutel. 173. S. 154.
= " was bey Bestellung eines testamentarischen Vormundes zu beobachten. 174. S. 154. u. f.
= " kann man den enterbten und postumen Kindern einen testamentarischen Vormund ernennen? 175. S. 155.
" = wer kann im Testament zum Vormund ernennt werden, und wie kann es geschehen? 176. S. 156.
" = was ist Rechtens, wann ein anderer als der Vater im Testament einen Vormund giebt? 177. S. 157.
= " die testamentarische Tutel ist entweder vollkommen oder unvollkommen 178. S. 157.
" " was ist Rechtens, wann der testamentarische Tutor verhindert wird, oder ganz wegfällt. 179. S. 158.
" " in Deutschland müssen alle testamentarische Vormünder bestätigt werden. 180. S. 160.
" = dative. Wie bestellt die Obrigkeit den Vormund? 200. S. 169.
" " deutsches Recht in Ansehung der dativ-Tutel. 201. S. 170.
= " Pflichten des Vormundes bey Uebernehmung seines Amtes. 202. S. 170. Nach übernommener Tutel. 203. 204. S. 171. u. f.
" " doppelte Art die Vormundspflichten zu erfüllen. 205. S. 172.

» was der Vormund zu beobachten hat, der ein Schuldner oder Gläubiger des Pupillen ist. 212. S. 175.
» » wie sie geendigt werde. 214. u. f. S 176.
» » die Erben des Vormundes succediren nicht in die Tutel. 215. S. 176.
» » der Vormund muß Rechnung ablegen. 220. S. 178.
» » in Deutschland alle Jahr. 221. S. 178.
» » in Deutschland wird kein Unterschied zwischen Tutoren und Curatoren der Minderjährigen gemacht. 221. S. 178. §. 230. S. 284.
» » der Vormund muß Caution leisten. 232. S. 186. §. 237. S. 188.
» » in welchen Fällen? 233. 234. S. 187. u. f.
» » die Bürgen des Vormundes können vom Pflegbefohlnen belangt werden.
» » der Pflegbefohlne hat auch noch andere Klagen. 236. S. 188.
» » Excusation der Vormünder, was sie ist. 238. S. 189.
» » und wie vielerley. 239. S. 198.
» » von der freywilligen. 240. u. f. S. 191.
» » von den nothwendigen. 245. S. 194.
» » Entschuldigungen von der Curatel. 246. S. 195.
» » von der Remotion der Vormünder. 248. u. f. S. 196. u. f.
» » warum ein Vormund removirt wird. 249. S. 197.
» » welche Vormünder können removirt werden. 253. S 198 s. auch accusatio tutoris suspecti.
» » als ein Quasicontract betrachtet, 942 u f. S. 698 u. f.
Vulgo quaesiti, 137. S. 131.

W.

Wahnsinnige, ihre Rechte. 62. S. 65. s. auch Blödsinnige.
Wasser, fliessendes, wem es gehört. 274. S. 207.
Wasserbett, verlassenes, wem es gehört. 312. 313. S. 240.
Weibspersonen, ihre Rechte sind von den Rechten der Mannspersonen verschieden. 62. S. 65.
= » können nicht adoptiren. 146. S. 137.
= = ob sie Vormünderinnen werden können? 169. S. 152.
= = stehen in Sachsen unter einer beständigen Curatel. 247. S. 196.
» » können nicht Zeuge seyn in Testamenten. 445. S. 345.
= » ob in Codicillen? 626. V. 489.
= = fielen vermöge des SC. Claudiani in die Sclaverey, 677. u. f. S. 511. u. f.
= = können sich nicht verbürgen. 838 S. 627.
Wiedereinsetzung in vorigen Stand. s. restitutio in integrum.
Wildfolge. 301. S. 230. u. f.
Wirthe, in welchem Falle sie ein Quasidelict begehen.
Wittwe, Wittwer, von ihrem Erbrechte. 701. u. f. S. 532. u. f.
Wohnung, Servitut der Wohnung, 384. 385. S. 291. 387. S. 292.
Würden, welche die natürliche Gewalt aufheben. 154. 155. S. 142.

Z.

Zahlung, was sie ist. 192. S. 715.
» = wer kann zahlen? 973. S. 715. u. f.
» = wer kann nicht zahlen, und wem kann bezahlt werden? 975. S. 717.

= = wie ist die Zahlung zu leisten? 976. S. 717.
= = Wirkung der Zahlung. 977. S. 718.
= = eines *indebiti*, s. indebiti solutio.
Zeit, s. tempus.
Zinsen, was sie sind? 965. S. 709.
= = Fundamente derselben, 966. S. 709.
= = von der gesetzlichen Qualität und dem Maasse derselben. 967. S. 710. u. f.
= = im Darlehn, 768. S. 595.
= = von welcher Zeit an sie der Käufer vom Kaufschilling bezahlen muß? 880. S. 661.
Zollerheber, sind frey von der Tutel. 241. S. 192.
Zustand, was er sey, und wie vielerley, 62. S. 64.
= = des Bürgerrechts. 90. S. 84.
= = ob heutiges Tages der Unterschied zwischen Fremden und Bürgern noch statt finde? 91. S. 85.
= = der Freyheit, 63. S. 70.
= = der Familie. 92. 93. S. 86. u. f.

Zu verbessernde Stellen.

S. 35. Zeile 3. lies: Hypothek auf das Vermögen des Vaters wegen der Güter von mütterlicher Herkunft.

— 92. — 16. lies: so konnte dieser die Herausgabe verlangen.

— 98. — 4. lies: 181 Tage.
Ebendas. — 7. lies: am 182sten Tag.

— 169. in der vorletzten Zeile lies: und ein römischer Magistrat sich um ꝛc.

— 177. — 4. §. 217. von unten lies: wann einem die Alimente ꝛc.

— 222. — — §. 289. müssen die Worte: daß es ohne meinen Willen nicht auf einen andern übergeben kann, wegfallen, und in der 6ten Zeile muß es heissen: auf den vorigen Eigenthümer zurückfallen kann.

— 292. — 7. §. 387. sind die Worte: oder *habitationis* und

— 300. — 14. das Wort Pfandrecht auszustreichen.

— 317. — 2. §. 412. anstatt sie ganz ꝛc. lies: die Schenkung ganz.

— 319. — — Note (6) statt *Tit.* 8. lies *Tit.* 7.

— 320. — 16. statt 4. fl. lies 1. Ducaten.

Ebendaselbst in der 2ten Zeile der ersten Note lies: gewissee statt grosses, und am Ende der Note fehlt *Koenig* diss. vicis. iur. rom. circa donat. inter vir. & ux.

— 345. — 3. lies: so kann es heissen aa) der Testirer muß die Zeugen sehen; bb) die Zeugen müssen ihn sehen, endlich ꝛc.

— 366. — letzte, §. 468. ließ: ist ebenfalls ausser Zweifel.

— 372. §. 474. Note 1) lies: *Manz* de testamento valido & invalido tit. 10. n. 14. 15.

S. 393. in der 3ten Note habe ich *Ravensberg* de conditionibus &c. empfohlen. Ich hätte aber vielmehr davor warnen sollen.

— 394. §. 493. Note 3. am Ende lies: wann er mich erben will, und deswegen Caution stellen.

— 482. — 15. §. 614. statt die Quart der genossenen Früchte, lies: die genossene Früchte.

— 489. — 4. von unten lies: *omni modo* statt *commode.*

— 520. — 14. §. 690. lies: die uneheliche statt die *vulgo quaesiti* und *spurii.*

— 546. — 15. statt dergleichen, lies: ein Pfandrecht.

— 629. — 6. §. 839. lies: Bürge statt Schuldner.

— 644. ist die Note 5) ausgelassen und zur 6ten gezogen. Man lese also 5) *Bacchov* in prot. p. 571. sqq. 6) *Schilter* ex. 22. thes. 31. *Voet. &c.*

— 677. — 4. und 11. stehet Erbleichnam und Erblichen statt Erbleihmann und Erbleihen.

— 702. Note 1) lies: in der L. 26. pr. §. 1. & 2. *de condict. indebiti.*

— 739. — 22 §. 1006. lies: ertheilt statt enthält.

— 765. — 11. ist das Wort Auch auszulöschen.

45/648/20
198
180

Louis Comte

45/648/14
198
180
18

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Höpfner, Ludwig Julius Friedrich

Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe

Frankfurt a.M. 1787

Augsburg, Staats- und Stadtbibliothek -- 4 Rw 325
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11221728-7
VD18 11401966-003